



UNIVERSIDAD DE LA RIOJA

TRABAJO FIN DE ESTUDIOS

Título

¿Influyen las malas relaciones parentales en la custodia compartida?. Estudio doctrinal y jurisprudencial.

Autor/es

CRISTINA CERECEDA JANDA

Director/es

JUAN MANUEL MURILLAS ESCUDERO

Facultad

Escuela de Máster y Doctorado de la Universidad de La Rioja

Titulación

Máster Universitario en Acceso a la Abogacía

Departamento

DERECHO

Curso académico

2016-17



¿Influyen las malas relaciones parentales en la custodia compartida?. Estudio doctrinal y jurisprudencial., de CRISTINA CERECEDA JANDA
(publicada por la Universidad de La Rioja) se difunde bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada 3.0 Unported.
Permisos que vayan más allá de lo cubierto por esta licencia pueden solicitarse a los titulares del copyright.

Trabajo de Fin de Máster

**¿Influyen las malas relaciones
parentales en la custodia
compartida?
Estudio doctrinal y
jurisprudencial**

Autor:

Cristina Cereceda Janda

Tutor/es: Dr. D. Juan Manuel Murillas Escudero

MÁSTER:

Máster en Acceso a la Abogacía (254M)

Escuela de Máster y Doctorado



**UNIVERSIDAD
DE LA RIOJA**

AÑO ACADÉMICO: 2016/2017

Índice

Resumen/ Abstract.....	3
1. Introducción.....	4
2. Concepto de patria potestad y de guarda y custodia.....	5
3. Modalidades de ejercicio de la patria potestad.....	8
4. De la guarda y custodia individual a la guarda y custodia compartida. Evolución Jurisprudencial.....	9
5. La ley 15/2005 de 8 de julio, por la que se modifican el Cc y la LEC en materia de separación y divorcio.....	12
5.1. De la patria potestad a la responsabilidad parental.....	12
5.2. Concepto de custodia compartida.....	13
5.3. La redacción del art. 92 Cc y los requisitos que deben cumplirse para imponer una guarda compartida.....	14
5.3.1. Requisitos para el otorgamiento de la custodia compartida en los procedimientos contenciosos.....	16
6. El interés superior del menor.....	22
7. La idoneidad de cada uno de los progenitores con el régimen de guarda y custodia solicitado.....	27
7.1. Las buenas relaciones entre los progenitores como presupuesto de otorgamiento de la custodia compartida.....	28
7.2. La superación del enfrentamiento entre los padres y la interpretación correcta de la "capacidad necesaria para el entendimiento".....	32
8. La improcedencia de una guarda compartida en los casos previstos en el art. 92.7 CC.....	40
8.1. Delitos en los que uno de los progenitores atenta contra la vida, integridad física o moral, o libertad e indemnidad sexual del otro progenitor.....	44
8.1.1. Especial consideración de los delitos de Violencia de Género.....	48
8.2. Delitos contra la vida, integridad física o moral o la libertad e indemnidad sexual de los menores que convivieron con la ex-pareja.....	55
9. Conclusiones.....	57
Bibliografía y Jurisprudencia.....	59-63

Resumen

La Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil, en materia de separación y divorcio introduce por primera vez en nuestro ordenamiento, la guarda y custodia compartida como sistema de convivencia que podrá adoptarse tras la separación o el divorcio.

No fue fácil que parte de la jurisprudencia menor asumiera que en los procedimientos contenciosos de divorcio uno de los progenitores pudiera solicitar la custodia exclusiva a su favor y otro la compartida, pues algunas audiencias consideraban que por el mero hecho de no existir acuerdo en la petición de los progenitores el régimen de guarda compartida solicitado conduciría al fracaso y utilizaron en numerosas resoluciones este argumento para denegar la concesión de las custodias compartidas solicitadas. Este argumento obedece a una interpretación literal del art. 92.8 Cc, que introduce el inciso " excepcionalmente cuando no hubiese acuerdo de los progenitores sobre el régimen de guarda", sin embargo el TS se pronunció dejando claro que la custodia compartida no es una medida excepcional, más bien lo contrario, deberá considerarse el régimen de guarda que mejor protege el interés de los menores, salvo excepciones.

La jurisprudencia menor también utilizó el recurrente argumento de la necesaria acreditación de buenas relaciones entre los progenitores y lo consideró presupuesto esencial para el otorgamiento de la guarda compartida solicitada, lo que provocó su denegación injusta en numerosas ocasiones.

Abstract

Law 15/2005, of 8 July, amending the Civil Code and the Law on Civil Procedure, in the matter of separation and divorce introduced for the first time in our legal system, custody .

It was not easy for part of the minor jurisprudence to assume that in the contentious divorce proceedings one of the parents could apply for exclusive custody in their favor and another shared, since some hearings considered that for the mere fact of not having an agreement in the petition Of parents, the requested shared custody regime would lead to failure and used in numerous resolutions this argument to deny the granting of shared custody requested. This argument is due to a literal interpretation of art. 92.8 Cc, which introduces the clause "exceptionally when there is no agreement of the parents on the custody regime", however, the TS ruled that it was clear that shared custody is not an exceptional measure, rather the opposite should be considered.

1. Introducción

La Ley 15/2005, de 8 de julio, cambia por completo la redacción del art. 92. Cc al introducir una nueva modalidad de ejercicio de la guarda y custodia, la compartida, la cual se convertirá paulatinamente en la opción preferente. Hasta ese momento ésta modalidad de guarda y custodia era contemplada por la doctrina y la jurisprudencia como excepcional al ser norma general, la concesión de la custodia a uno sólo de los progenitores, generalmente la madre.

El nuevo art. 92 Cc también introduce una serie de herramientas que el juez debe utilizar para indagar la idoneidad de los progenitores con el régimen de guarda y custodia solicitado, esta labor es especialmente complicada en los procedimientos contenciosos en los que cada uno de los progenitores solicitan una guarda distinta, por eso el juez pide informe del fiscal, escucha la opinión de los menores, solicita informes de especialistas, pero también el juez deberá hacer uso del principio de inmediatez teniendo en cuenta las alegaciones y pruebas practicadas en las vistas y prestando especial atención a las relaciones que los progenitores mantengan entre sí. Este último es el requisito que analizamos en profundidad en este trabajo pues es condición indispensable que tales relaciones sean al menos respetuosas para asegurar el correcto funcionamiento de una custodia compartida, en caso contrario el régimen estaría condenado al fracaso.

Mediante este trabajo se ha analizado la interpretación que la jurisprudencia menor ha realizado sobre el requisito de las buenas relaciones desde la entrada en vigor de la Ley 15/2005, estas consideraron de forma casi generalizada que era necesaria una buena relación entre ambos progenitores caracterizada por la ausencia absoluta de conflictividad, como presupuesto esencial para el otorgamiento de la custodia compartida. Sin embargo surgió coetáneamente otra posición jurisprudencial que advirtió que tal requisito por sí sólo no era suficiente para denegar la custodia compartida solicitada, pues será estrictamente necesario analizar la causa de esa conflictividad y sobre todo su incidencia en el interés del menor. Esta última posición fue elevada a doctrina por el Tribunal Supremo quién advirtió que para saber realmente si la medida de guarda solicitada por uno u otro progenitor es la mejor forma de proteger el interés del menor deberán de analizarse multitud de factores concurrentes en el caso en concreto.

2. Concepto de patria potestad, guarda y custodia.

Se afirma de forma reiterada por la jurisprudencia, entre otras por la STS de 10 de febrero de 2012 que: "La patria potestad constituye un oficio que se atribuye a los padres para conseguir el cumplimiento del interés del menor". Por su parte la STS 20 de mayo de 1997 considera que este oficio es configurado como un "derecho-función". Estas funciones son contempladas expresamente en el artículo 154 de nuestro Código Civil, que establece como obligaciones de los progenitores:

- 1.º Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral.
- 2.º Representarlos y administrar sus bienes.

La jurisprudencia también la define como una institución a favor de los hijos y no en favor exclusivo de uno de los progenitores¹.

Causas de privación de la patria potestad

En nuestro Código civil es el art.170, el que establece estas causas:

"El padre o la madre podrán ser privados total o parcialmente de su potestad por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma o dictada en causa criminal o matrimonial. Los Tribunales podrán, en beneficio e interés del hijo, acordar la recuperación de la patria potestad cuando hubiere cesado la causa que motivó la privación".

Para la jurisprudencia estas causas obedecen fundamentalmente a la "inobservancia de aquellos deberes de modo constante, grave y peligroso para el beneficiario y destinatario de la patria potestad²".

Los jueces tienen una gran facultad discrecional para aplicar tal medida, así lo confirma la STS de 5 de marzo de 1998:

"La amplitud del contenido del art 170 Cc y la variabilidad de las circunstancias exigen conceder al juez una amplia facultad discrecional de apreciación [...] en modo alguno puede prescindirse de que se trata de una facultad reglada, en cuanto que su aplicación exige tener siempre presente el interés del menor [...]".

¹ Así lo han señalado las SSTS de 18 de febrero de 1969, la de 18 de octubre de 1996 y la de 5 de marzo de 1998. Esta doctrina jurisprudencial es acogida por la actual redacción del art.154 Cc, que establece: "La patria potestad, como responsabilidad parental, se ejercerá siempre en interés de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a sus derechos, su integridad física y mental".

² Así lo establece la STS 10 de febrero de 2012, que apuesta por una aplicación restrictiva del art 170 Cc y por eso mismo en el caso que resuelve, no estima la pretensión de privación de patria potestad formulada por la madre porque para el TS, "el padre no ha incurrido en un grave incumplimiento de los deberes derivados de la patria potestad, sino que simplemente se ha producido un distanciamiento respecto de la menor y, sin embargo, la recurrente entiende que el padre ha incumplido gravísimamente esos deberes, al haber hecho dejación de todas sus competencias de forma permanente durante la vida de la hija".

Como vemos los jueces tienen facultades discrecionales a la hora de privar a uno de los progenitores de la patria potestad, su decisión dependerá de los resultados de las pruebas practicadas en diversas instancias y del interés del menor. En todo caso en el ámbito civil tal medida se aplicará de forma restrictiva, sólo en los casos más flagrantes de incumplimiento de los deberes previstos en el art. 154 Cc, mientras en el ámbito penal, la medida puede ser impuesta como pena principal o accesoria en delitos cuyas víctimas sean los propios menores, o incluso en aquellos en los que la víctima sea el otro progenitor, además conviene recordar que en estos casos el progenitor privado de la patria potestad, sigue manteniendo la obligación de alimentar a los menores así lo dispone el art. 110 Cc³, y también puede incluso seguir manteniendo su derecho a relacionarse con ellos, así lo establece el art. 160.1 Cc⁴.

Por lo tanto sólo en estos casos sería procedente privar a un progenitor de la patria potestad, por lo que como norma general en todas las resoluciones judiciales en las que se discuta sobre las relaciones paterno-filiares, la titularidad formal de la patria potestad se mantendrá en ambos progenitores. Pero el otorgamiento de la patria potestad no supone el ejercicio de todos los derechos-funciones inherentes a la misma, porque tras producirse la ruptura sentimental y siempre que los padres no pacten el régimen de guarda a establecer, el juez aplicará el art. 159 Cc que dispone:

"Si los padres viven separados y no decidieren de común acuerdo, el Juez decidirá, siempre en beneficio de los hijos, al cuidado de qué progenitor quedarán los hijos menores de edad (...)".

De lo señalado en este precepto se llega a la conclusión de que en la mayoría de los casos de separación o divorcio, uno de los principales derechos-funciones inherentes a la institución de la patria potestad, "velar por ellos, tenerlos en su compañía, educarlos y procurarles una formación integral", será asumido en exclusiva por uno de los progenitores. La atribución de esta función implicará que sea el progenitor elegido por el juez el que conviva habitualmente con el menor, por lo que decidirá sobre todas las cuestiones de su vida cotidiana, mientras que el otro progenitor, no custodio, aunque sigue manteniendo la titularidad formal de la patria potestad sólo podrá

³Art. 110 Cc: "El padre y la madre, aunque no ostenten la patria potestad, están obligados a velar por los hijos menores y a prestarles alimentos".

⁴Art 160.1 Cc: "Los hijos menores tienen derecho a relacionarse con sus progenitores aunque éstos no ejerzan la patria potestad, salvo que se disponga otra cosa por resolución judicial o por la Entidad Pública en los casos establecidos en el artículo 161 Cc. En caso de privación de libertad de los progenitores, y siempre que el interés superior del menor recomiende visitas a aquellos, la Administración deberá facilitar el traslado acompañado del menor al centro penitenciario (...)". Vemos como el precepto más que garantizar el derecho del progenitor privado del ejercicio de la patria potestad, garantiza el derecho del menor, por eso el establecimiento de un régimen de estancia y comunicación debe responder al interés del mismo.

participar en la decisión de ciertas cuestiones transcendentales en la vida de los menores, como su sometimiento a toda índole de tratamientos médicos, la elección del centro educativo al que debe acudir, el establecimiento de su lugar de residencia, así como las actividades educativas que supongan un traslado provisional de residencia⁵. En la mayoría de los casos al progenitor no custodio también se le concederá un derecho de visitas⁶, que en el mejor de los casos será amplio y flexible, aunque en otros será rígido o incluso se realizará mediante un Punto de Encuentro Familiar⁷.

Concepto de guarda y custodia

Se trata de un término jurídico amplio que se emplea para aludir a la situación que tiene lugar cuando los progenitores no viven juntos. En inicio, se refiere a quién tiene consigo al menor, es decir a quién se le atribuye su cuidado en los términos expresados por el art. 159 Cc, no se debe confundir por lo tanto con el desempeño de todos los derechos-funciones de la patria potestad. La custodia abarca "tanto la convivencia con el hijo y la relación personal, como el conjunto de situaciones, necesidades y actuaciones que se desenvuelven en el día a día cotidiano de los menores, que comporta para los padres el procurar las atenciones y cuidados

⁵Art.156 Cc señala un mecanismo judicial para prevenir ciertos desacuerdos que durante el desarrollo del ejercicio conjunto de la patria potestad puedan surgir entre los ex-cónyuges: "En caso de desacuerdo, cualquiera de los padres podrá acudir al Juez, quien, después de oír a ambos padres y al hijo si tuviera suficiente madurez y, en todo caso, si fuera mayor de doce años, atribuirá la facultad de decidir al padre o a la madre. Si los desacuerdos fueran reiterados o concurriera cualquier otra causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad, podrá atribuirle total o parcialmente a uno de los padres o distribuir entre ellos sus funciones. Esta medida tendrá vigencia durante el plazo que se fije, que no podrá nunca exceder de dos años". Como vemos se trata de un nuevo caso de privación temporal de la patria potestad, fuera de los casos previstos en el art. 170 Cc.

⁶Art. 94 Cc: "El progenitor que no tenga consigo a los hijos menores o incapacitados gozará del derecho de visitarlos, comunicar con ellos y tenerlos en su compañía. El Juez determinará el tiempo, modo y lugar del ejercicio de este derecho, que podrá limitar o suspender si se dieran graves circunstancias que así lo aconsejen o se incumplieren grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial".

⁷El Punto de Encuentro Familiar es un recurso social especializado, vinculado al ámbito de la familia, cuya finalidad es garantizar el derecho de los niños de relacionarse con sus padres, cuando no convivan con uno de ellos por motivo de separación o en los casos en los que se ordene la separación del niño de ambos por aplicación de medidas de protección. Este recurso se configura a partir de un espacio físico y un equipo de profesionales, que pretenden normalizar las relaciones entre las partes permitiendo que los contactos de los niños se desarrollen en un marco de seguridad y bienestar, mediante una intervención de carácter temporal, que promueva que los progenitores asuman sus responsabilidades parentales y sean capaces de establecer y cumplir acuerdos relacionados con el régimen de comunicación y estancia con sus hijos, en beneficio de estos.

precisos, tanto materiales como jurídicos, la alimentación, la educación y formación, la prevención de peligros y la vigilancia de sus intereses⁸".

La guarda es un sinónimo de custodia, los términos se utilizan indistintamente, lo que tenemos que tener claro es que la guarda y custodia es simplemente una de las funciones implícitas a la patria potestad ("velar por ellos, tenerlos en su compañía"), y precisamente el progenitor que la asume, mantiene un contacto habitual con el menor al convivir con él por lo que es el encargado de decidir acerca del ejercicio ordinario de la patria potestad ("educación, alimentos, así como la administración ordinaria de sus bienes⁹").

3. Modalidades de ejercicio de la patria potestad

1. Guarda y custodia por uno solo de los progenitores.
2. Guarda y custodia compartida.
3. Guarda y custodia encomendada a otros parientes.

Lo más común es que simplifiquemos las modalidades a las dos primeras, porque la tercera sólo se otorgará en casos excepcionales, cuando ninguno de los progenitores pueda hacerse cargo del cuidado de los menores, por lo que tradicionalmente han existido dos modalidades de custodia, la exclusiva o individual y la compartida.

La guarda y custodia exclusiva o individual "parte del principio de que el cuidado habitual de los menores se atribuye la mayoría del tiempo a uno sólo de los progenitores, aunque en la mayoría de los casos se establece a favor del otro un régimen de estancia, comunicaciones o visitas que se distribuyen en períodos de tiempo más breves y periódicos que los que disfruta el custodio, y durante los cuales se le atribuye su guarda, mientras la guarda compartida, alternativa o alternada, se contrapone a la anterior porque se supone que el tiempo que pasan los menores en compañía de cada uno de sus progenitores es similar, aunque no tienen por qué ser estrictamente idéntico. Por lo tanto en este último caso los dos progenitores ejercitan

⁸GETE-ALONSO Y CALERA, M^a.C. y SOLÉ RESINA, J., (2015). *Custodia compartida, Derechos de de los hijos y de los padres*. Thomson Reuters Aranzadi, p. 456.

⁹Para DELGADO DEL RÍO, G. (2010), en *La Custodia de los Hijos. La guarda compartida: Opción preferente*, Thomson Reuters, p. 358, "la resolución de las cuestiones más ordinarias y elementales que puedan surgir en la cotidianidad de la vida diaria, las ha de resolver en principio, el progenitor a cuyo cuidado estén los hijos, sin ser necesaria la consulta con el otro progenitor". A título de ejemplo enuncia ciertas situaciones "acudir a la biblioteca, ir a casa de un amigo, compra vestuario o material escolar, horario de las entradas y salidas del hogar..."

la función de velar por los menores, ambos les procuran los cuidados necesarios y ambos conviven con ellos¹⁰.

4. De la guarda y custodia individual a la guarda y custodia compartida. Evolución jurisprudencial.

Desde la entrada en vigor de La Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Cc en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio y de la Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modificaba la regulación del matrimonio en el Cc y se determinaba el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio, hasta el momento en el que entró en vigor la Ley 15/2005, podíamos distinguir cuatro etapas en las que se imponían distintas modalidades de ejercicio de la patria potestad tras la separación o el divorcio¹¹:

- **Primera etapa:** Desde 1981 a 1990, de preferencia materna exclusiva y automática. La Ley 30/1981, de 7 de julio, no introdujo en el Cc, ningún criterio orientador para que el juez decidiese atribuir la custodia a uno u otro progenitor¹², sólo disponía que como norma general, debía otorgarse la custodia a la madre cuando los hijos fueran menores de 7 años, salvo excepciones¹³.

Esta tendencia jurisprudencial de atribución de la guarda y custodia en exclusiva a la madre y la concesión de derechos de visita muy rígidos al padre, se mantuvo hasta la entrada en vigor de la Ley 11/1990, de 15 de octubre, de modificación del Cc en aplicación del principio de no discriminación por razones de sexo, que modificó el contenido del art. 159 Cc¹⁴.

¹⁰GETE-ALONSO Y CALERA, M^a.C. y SOLÉ RESINA, J., (2015). "*Custodia compartida, Derechos de los hijos...*", *op. cit.*, p. 458.

¹¹LIÑÁN GARCÍA, A., (2013). "El ejercicio de la guarda y custodia compartida de los hijos menores o incapacitados en España, nuevas perspectivas de futuro", en *Revista General de Derecho Canónico y de Derecho Eclesiástico del Estado*, n^o32, pp.11 y 12.

¹²El art. 92 del Cc en su redacción dada por la ley 30/1981 disponía: "La separación, la nulidad y el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos (...). En la sentencia se acordará la privación de la patria potestad cuando en el proceso se revele causa para ello. Podrá también acordarse, cuando así convenga a los hijos, que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por uno de los cónyuges o que el cuidado de ellos corresponda a uno u otro procurando no separar a los hermanos. El Juez, de oficio o a petición de los interesados, podrá recabar el dictamen de especialistas".

¹³Así lo disponía el art.159 Cc en su redacción dada por la ley 11/1981, que como criterios fundamentales que debería tener el juez para atribuir el cuidado de los hijos a uno u otro progenitor establecía: "Si los padres viven separados y no decidieren de común acuerdo, los hijos e hijas menores de siete años quedarán al cuidado de la madre, salvo que el Juez, por motivos especiales, proveyere de otro modo".

¹⁴Nueva redacción del art. 159 CC: "Si los padres viven separados y no decidieren de común acuerdo, el Juez decidirá, siempre en beneficio de los hijos, al cuidado de qué progenitor

- **Segunda etapa:** De 1990 a 2000. La entrada en vigor de la Ley 11/1990, supuso la modificación de ciertos preceptos del Cc, reconociendo la aptitud de los varones para asumir las funciones inherentes a la patria potestad. Esto implicó la concesión de derechos de visitas más amplios a favor de los progenitores varones, además por primera vez se dictó alguna resolución judicial en la que se imponía una guarda y custodia compartida, basándose en las buenas relaciones del menor con los progenitores.
- **Tercera etapa:** Desde el año 2000 hasta la entrada en vigor de la Ley 15/2005. Va desapareciendo el sistema tradicional de otorgamiento automático de la custodia a las madres, poco a poco se va imponiendo un régimen de visitas a favor de los progenitores no custodios, cada vez más amplio y flexible. Ya empiezan a dictarse las primeras resoluciones judiciales en las que se impone el sistema de custodia compartida, argumentando que esta modalidad de ejercicio de la patria potestad, es la más favorable a los intereses de los menores. Precisamente en este década se consagra este último interés, como principio rector de los procedimientos de familia dando eficacia práctica a los postulados ya asumidos en el artículo 39 de la Constitución, que impone a los poderes públicos "el deber de protección jurídica de la familia", y exige el cumplimiento de "los acuerdos internacionales que velan por los derechos de los niños".

Tras analizar las diversas etapas debemos concluir que la Ley 11/1981, de 13 de mayo, así como la Ley 30/1981, de 7 de julio, mantuvieron un sistema de ejercicio de la patria potestad mono-parental. Estas leyes conectaban "la residencia y la convivencia con el ejercicio de la patria potestad"¹⁵, tal como puede deducirse de la antigua redacción del art. 90 a) Cc, que establecía la necesidad de incluir en la propuesta del convenio regulador "la persona a cuyo cuidado quedaban los hijos sujetos a la patria potestad de ambos", así mismo el art. 103 Cc disponía entonces:

"El juez deberá determinar en caso de desacuerdo entre los progenitores con cuál de ellos han de quedar los sujetos a la patria potestad de ambos (...) y en particular la forma en que el cónyuge apartado de los hijos podrá cumplir el deber de velar por éstos y el tiempo, modo y lugar en que podrá comunicar con ellos y tenerlos en su compañía".

quedarán los hijos menores de edad. El Juez oirá, antes de tomar esta medida, a los hijos que tuvieran suficiente juicio y, en todo caso, a los que fueran mayores de doce años".

¹⁵ROCA TRIAS, E., (1984). *Comentarios a las Reformas del Derecho de Familia*, Tomo I, Tecnos, p. 577.

El problema es que la custodia compartida como modalidad de ejercicio de la patria potestad, no estuvo prevista en nuestro ordenamiento hasta la entrada en vigor de la Ley 15/2005, de modificación del Cc y de la LEC, en materia de nulidad, separación y divorcio. Esta ley cambió la antigua redacción del art. 92 Cc e introdujo expresamente esta modalidad de guarda y custodia en su redacción, por lo cual hasta su entrada en vigor, fueron muy pocas las resoluciones judiciales que impusieron este tipo de custodia. La norma general tras el divorcio o la separación, fue otorgar la titularidad de la patria potestad a ambos progenitores pero atribuir la guarda y custodia a uno sólo, por lo que era el progenitor al que se le otorgaba quien convivía la mayoría del tiempo con el menor, por lo que consecuentemente también ejercitaba en la práctica, de forma casi exclusiva, las obligaciones y derechos inherentes a la patria potestad. Al progenitor no custodio se le concedían derechos de visitas, los cuáles con la evolución de la doctrina, de la jurisprudencia y de la sociedad civil, fueron cada vez otorgándose por un período de tiempo más amplio.

Precisamente uno de los mayores inconvenientes para la imposición de esta custodia, no fue la carencia de regulación en nuestro ordenamiento, sino la inexistencia de un "espíritu de corresponsabilidad" en el cuidado de los hijos, así lo demuestra las estadísticas del año 2003, en las que de los 100 casos de separación y divorcio, sólo entre el 1,53% al 3,35% de las ocasiones, los jueces atribuyeron la custodia compartida¹⁶.

La causa fundamental por la que no se impuso este tipo de custodia, era por falta de petición de los progenitores varones, que solían preferir que fuera la madre la que ejerciera de forma exclusiva esa guarda y custodia, conformándose con un simple derecho de visitas. Así lo pone de relieve VARELA PORTELA¹⁷, que tras analizar más de 1700 sentencias dictadas entre 2002 y 2003 por los juzgados de Barcelona y Mataró, concluye:

-En los contenciosos sólo un 22% pide la custodia para sí, frente al 2% que solicita la compartida, 77% ni la pide, y acepta desde un principio que sea la madre quien la ejerza en exclusiva.

¹⁶RIVERO HERNÁNDEZ, F., (2003). "Efectos de la crisis matrimonial respecto de los hijos. Estudio Judicial". *Revista Jurídica de Cataluña*.

¹⁷VARELA PORTELA, M^a.J., (2004). "Protección a la maternidad en los casos de separación y divorcio". *Ponencia presentada en el Congreso XVII estatal de mujeres abogadas*, Valladolid, octubre 2004.

-En los de mutuo acuerdo, se otorga la custodia exclusiva a la madre, el 93% de las ocasiones, frente a un 5% al padre y en un 2% de los casos, se pacta la compartida.

5. La Ley 15/2005 de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio

Con la Ley 15/2005, de 18 de julio, se modificó de nuevo el Código civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil del 2000, en materia de separación y divorcio. Entre sus principales novedades destacó el nuevo contenido del artículo 92 Cc, que prevé expresamente distintas modalidades parentales de convivencia que han de regir las relaciones de los progenitores con sus hijos tras la separación o el divorcio.

Precisamente este precepto en su apartado cinco establece, "el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos", lo que común pero equivocadamente denominamos "guarda y custodia compartida", que se trata de una nueva modalidad de ejercicio de la patria potestad ya contemplada por la jurisprudencia, pero que hasta ese momento no disponía de un encaje legal.

Otra de las novedades fundamentales de esta ley fue la modificación de diversos preceptos del Cc que consideraban que la custodia individual era la única modalidad parental de convivencia viable para regir las relaciones de los progenitores con sus hijos tras la separación o el divorcio, es el caso del artículo 90.1. a) Cc referido a los extremos que necesariamente debe contener el convenio regulador:

"El cuidado de los hijos sujetos a la patria potestad de ambos, el ejercicio de ésta y, en su caso, el régimen de comunicación y estancia de los hijos con el progenitor que no viva habitualmente con ellos¹⁸".

5.1. De la patria potestad a la responsabilidad parental

La Ley 15/2005 en su preámbulo hace alusión a un concepto nuevo en nuestro ordenamiento, "la responsabilidad parental". Este concepto es un término utilizado por el derecho comparado y su origen se remonta a la Convención de los Derechos del Niño realizada por la ONU. El término quiere sustituir al de "patria potestad", término

¹⁸En su redacción anterior este precepto disponía: "La determinación de la persona a cuyo cuidado hayan de quedar los hijos sujetos a la patria potestad de ambos, el ejercicio de ésta y el régimen de visitas, comunicación y estancia de los hijos con el progenitor que no viva con ellos". Aunque los cambios efectuados parezcan mínimos, son muy importantes ya que el nuevo precepto no obliga a los progenitores a decidir cuál de ellos vivirá con el menor, ahora en la mayoría de los casos, al acordarse una custodia compartida, los menores convivirán con cada uno de los progenitores por un período de tiempo determinado, por lo que ambos cuidarán de los menores y ejercerán de forma plena todas las obligaciones y derechos inherentes a la patria potestad.

utilizado tradicionalmente por nuestro ordenamiento, por lo que sirve para describir los deberes y derechos relacionados con los cuidados que recibe un niño¹⁹.

El concepto de responsabilidad parental se introduce por el legislador de la Ley 15/2005 con un propósito, aumentar la "corresponsabilidad" en el ejercicio de la patria potestad, evitando que el ejercicio de los derechos y deberes inherentes a la misma sea un concepto meramente teórico, procurando que ambos progenitores se impliquen en su ejercicio práctico.

5.2. Concepto de custodia compartida

"La custodia compartida es una modalidad de ejercicio de la responsabilidad parental tras la crisis de pareja en la que ambos progenitores convienen establecer una relación viable entre ellos, basada en el respeto y en la colaboración, con el objeto de facilitar a los hijos comunes la más frecuente y equitativa comunicación con ambos progenitores y de distribuir de forma justa y proporcional la atención a las necesidades materiales de los hijos, con la previsión de un sistema ágil para la resolución de desacuerdos que puedan surgir en el futuro²⁰". Esta definición también es compartida por la SAP de Barcelona de 21 de febrero de 2007.

La mayoría de la doctrina critica la terminología utilizada por la ley, ORTUÑO MUÑOZ, considera que el término "compartida" hace pensar que se trata de un reparto igualitario del tiempo de convivencia del hijo con cada progenitor, lo que necesariamente llevaría a aplicar un reparto de convivencia del 50-50%. Precisamente el reparto del tiempo es el tema tratado en la SAP de Valencia de 1 de Septiembre de 1997, que impone una custodia por periodos repartidos. La SAP argumenta expresamente:

"Éste régimen que hemos impuesto no pretende por más que intentar favorecer del modo más razonable posible la íntima y necesaria relación del menor con cada uno de sus progenitores de forma que el hijo de los litigantes sienta que tanto la casa de su padre como la de su madre son su propia casa, y que cada uno de sus progenitores interviene en todos y cada uno de los momentos de su vida (...)".

En este caso no se cumple con la esencia de la guarda y custodia compartida, basada en la idea de la corresponsabilidad parental como disposición de los padres a

¹⁹La expresión "patria potestad" está en revisión desde hace tiempo a la luz de los postulados de la Convención de los Derechos del Niño. Esto también ocurre en el derecho comparado, donde la mayoría de los países utilizan otro término, también en revisión, "autoridad parental". La expresión más moderna, utilizada en diversas legislaciones y en resoluciones judiciales de Tribunales Internacionales para referirse a los derechos y deberes entre padres e hijos, es la de "responsabilidad parental".

²⁰ORTUÑO MUÑOZ, P., (2006). *El Nuevo régimen jurídico de la crisis matrimonial*, Thomson Civitas, p. 60.

colaborar y llegar a un entendimiento en lo que respecta a los asuntos que afecten a los menores, ya que la sentencia en su argumentación viene a decir que en este sistema no se comparte nada, sino que sólo se reparte el tiempo de convivencia y el ejercicio de las funciones.

La esencia de la institución no es el reparto de tiempo de convivencia estrictamente igualitario entre ambos progenitores, porque el concepto compartir es muy distinto al de "repartir", pero desgraciadamente diversas resoluciones judiciales siguieron esta tendencia por lo que el menor era considerado como "una especie de propiedad que se tiene en modalidad de condominio forzoso"²¹, precisamente a este aspecto se refiere CAMPUZANO TOMÉ cuando denuncia la incorrecta denominación de la institución²².

En definitiva el término utilizado para denominar tal modalidad de ejercicio de responsabilidad parental es poco preciso, porque bajo el mismo tienen cabida diversas situaciones de convivencia de los hijos con sus progenitores: partida, rotativa, repartida, alterna o conjunta²³.

5.3. La redacción del art 92 Cc y los requisitos que deben cumplirse para imponer una guarda y custodia compartida.

El artículo 92.5 Cc en su redacción otorgada por la Ley 15/2005, dispone:

"Se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento. El Juez, al acordar la guarda conjunta y tras fundamentar su resolución, adoptará las cautelas procedentes para el eficaz cumplimiento del régimen de guarda establecido, procurando no separar a los hermanos".

Este precepto hace referencia a los acuerdos adoptados por los padres en convenio regulador o a aquellos que se adopten en el seno del procedimiento contencioso, por

²¹ORTUÑO MUÑOZ, P., (2006), *El nuevo...*, op.cit, p. 66.

²²CAMPUZANO TOMÉ, H0., (2004) "La custodia compartida.: doctrina jurisprudencial de las Audiencias Provinciales", *Aranzadi civil: revista quincenal*, N° 3, 2004, pp. 2479-2512. Manifiesta: "Los progenitores no guardan ni custodian a sus hijos, sino que los tienen en su compañía y cuidado, prestándoles alimentos, proporcionándoles educación, afecto y contribuyendo al desarrollo de su personalidad".

²³En este sentido se pronuncia la SAP de Valencia de 31 de Marzo de 2004: "La guarda y custodia se desenvuelve en un quehacer más cotidiano y doméstico, que sin lugar a dudas también contribuiría a la formación integral del hijo y que difícilmente podrían compartirse por quienes no viven juntos, lo que supondría de admitirse otra tesis, una invasión de la esfera privada de un progenitor en la del otro, o en otro caso un continuo peregrinaje de los hijos de un hogar al otro, siendo, entonces, más correctamente denominarla en este supuesto, custodia periódicamente alternativa".

lo que en ninguno de los dos casos se delega la facultad de imposición de la medida en el juez.

Esta disposición deja claro que se le da prioridad a los acuerdos adoptados por los progenitores, sin embargo aunque el término "se acordará" sea imperativo, este precepto seguidamente obliga al juez a fundamentar su resolución, prohibiéndole que automáticamente homologue la propuesta de convenio presentada por ambos progenitores y lo mismo sucede con la aprobación del acuerdo al que lleguen las partes en el desarrollo del procedimiento contencioso. El fundamento de la resolución a través de la cual homologa o aprueba el acuerdo, debe descansar en el interés del menor, así lo dispone el art.777 LEC, que regula el procedimiento para solicitar la separación o el divorcio de mutuo acuerdo o a petición de uno de los cónyuges con el consentimiento del otro, que expresamente señala en su párrafo quinto:

"El juez con el fin de comprobar si los términos del convenio relativo a los hijos menores son los más favorables al interés de los menores deberá recabar informe del Ministerio Fiscal sobre los términos del convenio relativos a los hijos y oír a los menores si tuvieran suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial o del propio menor".

Además el art. 95.5 Cc obliga al juez a actuar con cautelas, intentando prever las desavenencias que pudieran originarse como consecuencia del ejercicio compartido de la guarda solicitada y estableciendo mecanismos para evitarlas, o al menos reducirlas. Por lo que desde esta perspectiva también podrían valorarse las relaciones existentes entre los progenitores y la de estos con los menores, para decidir si lo convenido es lo más favorable al interés del menor²⁴.

Si el juez considerase, la modalidad de guarda propuesta por los progenitores como la más beneficiosa para los menores, homologará el convenio o aprobará el acuerdo y ambos adquirirán fuerza ejecutiva, en caso contrario podrá, bien rechazar íntegramente su contenido, si lo considera manifiestamente perjudicial a los intereses de los menores, o podrá también rechazarlo parcialmente. En ambos casos se les concederá a las partes un plazo para que vuelvan a redactar aquellas cláusulas eliminadas²⁵.

²⁴Por lo que salvo la referencia a las alegaciones de las partes y la prueba practicada en la vista, los criterios que debe analizar el juez para saber si el régimen de custodia compartida es viable en un procedimiento de mutuo acuerdo o en uno contencioso, son iguales.

²⁵Según lo previsto por el art. 777.7 LEC, "se concederá a las partes un plazo de diez días para proponer nuevo convenio, limitado, en su caso, a los puntos que no hayan sido aprobados por el tribunal".

5.3.1. Requisitos para el otorgamiento de la custodia compartida en los procedimientos contenciosos

El art. 92.8 del Cc dispone:

"Excepcionalmente, aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco de este artículo, el Juez, a instancia de una de las partes, con informe favorable del Ministerio Fiscal, podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor".

Este precepto ha sido fuente de diversas controversias doctrinales y jurisprudenciales, el primer problema que deriva de su imprecisa redacción es el relativo al inciso "excepcionalmente".

Este inciso fue utilizado por una corriente de la jurisprudencia menor contraria al otorgamiento de la custodia compartida, para justificar que se trataba de una medida excepcional y que por lo tanto como norma general debían establecerse guardas y custodias ejercitadas por uno sólo de los progenitores²⁶. Para defender tal posición argumentaban que en los procesos contenciosos en los que sólo una de las partes solicitaba el ejercicio compartido de la guarda, frente a la contraparte que pedía que se le otorgase su ejercicio en exclusiva, era evidente que el régimen estaba condenado al fracaso, ya que partíamos de una situación de desavenencias. En estos casos los progenitores no eran capaces de promover un procedimiento de mutuo acuerdo por lo que mucho menos serían capaces de llevar a cabo un régimen tan complicado como el de la custodia compartida, que por su propia naturaleza exige una mayor colaboración entre ambos²⁷.

Otra resolución judicial que utilizaba esta argumentación para denegar el otorgamiento de la guarda y custodia compartida, es la SAP de Valencia de 15 de enero de 2007 a través de la cual se revocaba la decisión del JPI que estimaba la petición de divorcio del padre, y modificaba la medida de guarda exclusiva materna adoptada durante la homologación de un convenio regulador en un anterior proceso de separación de mutuo acuerdo.

La sentencia revocaba la decisión tomada por el JPI argumentando:

²⁶Es la posición mantenida por la SAP de Girona de 9 de febrero de 2000, SAP de León de 22 de febrero de 2008, así como la SAP de Madrid el 9 de Julio de 2004 que señalan: "El sistema de custodia compartida en la mayoría de las ocasiones no tiene cabida en los procedimientos contenciosos, ya que se trata de una imposición no querida por los padres abocada a un incumplimiento práctico y a una fuente permanente de conflictos con repercusión perniciosa en el estado de los hijos menores".

²⁷CARRASCO PERERA, A., (2004), "Custodia Compartida", en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 648. "La custodia compartida sólo debe concederse cuando exista acuerdo entre ambos progenitores, puesto que el éxito de la misma radica en la existencia de una situación de colaboración similar a la existente antes de la ruptura".

"El criterio de la Sala salvo supuestos puntuales, que pudieran presentarse, que pudieran aconsejarla, es la no concesión a los padres en situaciones de separación o divorcio de la guarda y custodia compartida de los hijos".

La doctrina, entre los que se encuentra ZARRALUQUI SÁNCHEZ, critica tal posición jurisprudencial, consideran que la custodia compartida podrá adoptarse aunque no exista acuerdo entre los progenitores, ya que tal como señala este autor "lo único que exige esta modalidad es cierta armonía sobre la forma de vida, salud y educación de sus hijos"²⁸.

Esta última posición es la acertada, de ello hace prueba la STS de 10 de Octubre de 2010 que precisamente revoca la decisión de la SAP de Valencia de 15 de Enero de 2007. Esta resolución es la cuarta adoptada por la Sala 1ª del TS favorable a la aplicación de la custodia compartida al considerarla en la mayoría de los casos, la opción más favorable al interés del menor²⁹.

A través de esta sentencia el TS revoca la decisión de la SAP y confirma la adoptada por el JPI, considerando que la argumentación de este último es la correcta, por eso admite los dos recursos presentados por el padre. El recurso por infracción procesal estaba motivado en la incorrecta valoración que la AP realizó del informe psicosocial emitido ante el JPI, ya que éste lejos de desaconsejar la custodia compartida simplemente aludía a la innecesaria modificación del régimen de guarda materna establecida en el anterior procedimiento de separación, además el TS considera que la AP vuelve a incurrir en una infracción procesal al no tener en cuenta otro informe evacuado en el trámite de preparación del recurso de apelación, que analizó positivamente la ejecución de la custodia compartida impuesta por el JPI.

El TS también admite el recurso de casación presentado por el padre al considerar que la AP no tiene en cuenta las circunstancias positivas a las que alude el JPI las cuales aconsejan la imposición de una custodia compartida, entre ellas, la integración del menor tanto en el grupo familiar de su madre, como en el de su padre, su gran relación de afectividad con ambos y la comunicación fluida entre los progenitores, al menos en los temas referentes al menor. Por estas mismas razones el TS concede la custodia compartida solicitada, advirtiendo a la SAP de Valencia que lo que importa no son "las opiniones de quien deba adoptar dicha medida, ya que la decisión debe sustentarse en criterios objetivos". Le recuerda también que "el establecimiento en el

²⁸ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L., (2005). "La reforma del CC en materia de separación y divorcio", *Revista Jurídica Sepín Persona y Familia*, p. 29

²⁹UREÑA MARTÍNEZ, M. (2011), "Sentencia de 1 de Octubre de 2010", en *CCJC nº86*, p. 1213. "Se trata de una STS cuya ponente es Encarna Roca Trías, que sigue la tendencia jurisprudencial de otras tres resoluciones del TS, la de 28 de Septiembre de 2009, la de 8 de octubre de 2009 y la de 11 de marzo de 2010".

convenio regulador de una custodia exclusiva a favor de la madre, no es impedimento para solicitar su posterior modificación por una custodia compartida".

Como vemos ciertas Audiencias Provinciales se mostraban reticentes a la hora de imponer un régimen de guarda compartida, utilizando su carácter excepcional como argumento esencial para justificar su denegación. Esta posición jurisprudencial fue desterrada por la importantísima STS de 27 de julio de 2011³⁰, que consideró que el inciso excepcional "no se refiere a que se trate de una medida que deba imponerse de forma residual frente a la custodia exclusiva", sino a lo que se refiere el precepto con este inciso es a los requisitos adicionales que deben cumplirse para imponer una custodia compartida en los procedimientos contenciosos.

Uno de esos requisitos es su petición por uno de los progenitores, segundo problema derivado de la imprecisión del precepto que ha dado lugar a numerosos pronunciamientos judiciales contradictorios³¹. Lo que parece estar claro en la actualidad, pues así lo ha remarcado el TS, es que si no existe petición de uno de los progenitores no podrá el juez imponer una custodia compartida de oficio, sin embargo diversos Juzgados de Primera Instancia y diversas AAPP³² sin mediar petición de ninguna de las partes adoptaron la medida. Esto es lo que sucede en el caso tratado por la STS de 15 de Junio de 2016 que trata un procedimiento de divorcio en el que el padre solicita como medida principal la custodia para sí y subsidiariamente la compartida por semestres alternos, permaneciendo la menor siempre en el domicilio familiar, por su parte la madre sólo solicita la custodia a su favor. El JPI de Bilbao otorgó la custodia en exclusiva al padre, entonces la madre recurre en apelación ante la AP de Vizcaya que tomó la decisión de revocar la sentencia del JPI y conceder una custodia compartida por semanas alternas.

³⁰La STS de 27 julio de 2011, así como la STS 29 abril 2013, establecen: "El juez ante la petición de uno de los progenitores y con fundamento en que de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor, teniendo en cuenta, en su caso, el dictamen de especialistas, relativo a la idoneidad del modo de ejercicio de la patria potestad y del régimen de custodia (art. 92.9 Cc), y a pesar de que el resultado de ese examen de idoneidad muestre ciertas discrepancia entre las partes, podría imponer a los progenitores el ejercicio de la custodia compartida cuando se demuestre que es beneficiosa para el menor".

³¹STS de 28 de Septiembre de 2008, STS de 19 de abril de 2012, STS de 15 de Junio de 2016 y STS de 19 de Julio de 2016.

³²ROMERO COLOMA, A.Mª. (2013), en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm 863, cita la SAP de Madrid de 15 de febrero de 2005 la cual confirma la resolución del JPI en la que se decidía otorgar una custodia "alternada por anualidades", sin que hubiese sido solicitada por ninguno de los progenitores, cita también la sentencia del JPI de Tenerife de 2 de marzo de 2005, que hace lo mismo sin embargo la AP revoca tal decisión, señalando "no basta el interés del menor para otorgar tal medida sino que al menos, debe ir acompañado de la voluntad de uno de los progenitores y lo mismo sucede con una sentencia del JPI de Calatayud que es revocada por la AP de Zaragoza por el mismo motivo.

El padre recurre ante el TS interponiendo recurso por infracción procesal y recurso de casación, ambos son estimados. El TS tiene en cuenta los importantes antecedentes de la 1ª Instancia, entre ellos señala por su especial importancia, que al inicio de la vista el padre desistió de la petición subsidiaria de custodia compartida proponiendo únicamente la custodia paterna, además ya en primera instancia se afirmó que no concurrían los presupuestos para establecer la custodia compartida, "toda vez que ninguno de los progenitores ha solicitado esta modalidad de custodia, además de que la ausencia de coparentalidad dificultaría en grado sumo esta modalidad de custodia que exige el mayor nivel de corresponsabilidad". El TS también tiene en cuenta el resultado del informe psicosocial evacuado al JPI en el que se hablaba de las deficiencias de ambos progenitores, pero en el que a su vez se constataba que el padre no trabajaba por lo que disponía de todo el tiempo para dedicarse a la menor, mientras la madre regentaba un hogar de jubilados lo que le recortaba su tiempo libre para cuidar de la pequeña.

La AP de Vizcaya a propósito de la sustanciación del recurso de apelación presentado por la madre, decide conceder la custodia compartida solicitada por la misma justificada en un cambio de circunstancias:

"a día de hoy es el padre quien regenta el establecimiento de hostelería, que hasta ahora regentaba la madre, mientras que ésta aduce en su recurso de apelación que se encuentra en paro (...). Como tales circunstancias son una variable impredecible en el futuro, es por lo que opta por el régimen de guarda y custodia compartida por semanas alternas y permaneciendo la menor en el domicilio familiar salvo acuerdo que puedan alcanzar las partes en otro sentido".

El TS sin embargo revoca tal decisión al considerar que el art. 92 Cc establece dos posibilidades para que pueda acordarse la guarda y custodia compartida:

"La primera es la contenida en el párrafo 5, que la atribuye cuando se de la petición conjunta por ambos progenitores. La segunda se contiene en el párrafo 8 de esta misma norma, que permite excepcionalmente y aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco, acordar este tipo de guarda a instancia de una de las partes". En ambos casos, un requisito esencial para acordar este régimen es la petición de uno, al menos de los progenitores (...).

Esta posición también es mantenida por la STS de 9 de Marzo de 2016. Se trata de un caso en el que el padre solicita de forma principal la custodia compartida para sí y subsidiariamente la compartida, la madre sin embargo pide la exclusiva. El padre deja claro que condiciona su petición de custodia compartida a la acreditación por el tribunal del requisito de idoneidad de la madre, porque según él, la enfermedad de Parkinson y la depresión que sufre, le impiden realizar sus funciones parentales correctamente. El JPI concede la custodia a la madre, por lo que este recurre ante la AP, la cual confirma su resolución recurriendo entonces al TS. El padre como motivos

de casación se centra en la infracción del art. 92.6 Cc, en lo referente a la valoración de la idoneidad de la madre y subsidiariamente en la infracción del art 92.8 Cc, al considerar que la AP no tiene en cuenta el informe psicosocial que aconsejaba el otorgamiento de una custodia compartida. El TS desestima el primer motivo porque debería formularse por el cauce del recurso de infracción procesal, mientras que para desestimar el segundo simplemente argumenta:

"Esta Sala debe declarar que no puede plantearse la petición de custodia compartida cuando el recurrente en el acto de juicio renunció a la misma, manteniendo exclusivamente, la petición de custodia a su favor".

El Código Civil, por tanto, exige siempre la petición de al menos uno de los progenitores, sin la cual no podrá acordarse.

Este sistema de necesaria petición también está recogido en ciertas normas autonómicas, como el Código del Derecho foral de Aragón, sin embargo existen otras soluciones legales, como la que contemplaba la Ley 5/2011, de 1 de abril de la Generalitat valenciana, de Relaciones Familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, la cual disponía en su art 5.2 que la autoridad judicial como regla general, atribuirá a ambos progenitores de manera compartida, el régimen de convivencia con menores de edad, sin que sea obstáculo para ello la oposición de uno de los progenitores o las malas relaciones entre ellos³³.

Sin embargo esta cuestión siempre ha suscitado muchas dudas, pues existen casos en los que en Primera Instancia cada uno de los progenitores solicita la custodia para sí, pero con posterioridad, por ejemplo como fruto de la interposición de un recurso de apelación contra la resolución del JPI que concedía la custodia en exclusiva al otro progenitor, éste cambia su estrategia y solicita de forma principal o subsidiaria el otorgamiento de la custodia compartida. Esta posición es interpretada de distintas formas por la jurisprudencia, para algunas resoluciones nos encontramos ante una conducta del progenitor que podría entenderse como carente de toda iniciativa e interés en asumir, tras la ruptura de la relación familiar esa responsabilidad paterno-filial conjunta, que ahora se reclama³⁴.

³³La ley valenciana fue declarada inconstitucional y nula por Sentencia TC (Pleno) de 16 de noviembre de 2016, que declara que el pronunciamiento de inconstitucionalidad no afectará a las situaciones jurídicas consolidadas, pues las decisiones adoptadas por los órganos judiciales durante su vigencia en relación a la fijación de un determinado régimen de guardia y custodia para los hijos menores -independientemente de cuál fuera el régimen que indiquen como preferente o deseable los legisladores estatal y autonómico-, se fundaron en la recta aplicación del principio del beneficio y protección del interés del menor.

³⁴Esta es la posición mantenida por la SAP de Madrid de 2 de marzo de 2007, que señala como un motivo más para denegar la custodia compartida solicitada por uno de los progenitores "que el ejercicio compartido de la guarda se solicitó en sede de apelación con

En sede de casación el TS lo tiene claro, no puede defenderse durante la tramitación de las diversas instancias una custodia exclusiva y en esta sede solicitar *ex novo* una compartida, así lo pone de manifiesto la STS de 29 de abril de 2013³⁵, que considera sospechoso que la madre cambie totalmente de opinión y solicite el otorgamiento de una custodia compartida en sede de casación cuando no se refirió a la misma ni siquiera como petición subsidiaria ante el JPI y la AP, además en la formulación de su recurso de casación no hizo mención a los factores positivos que aconsejaban su imposición, al contrario, hizo excesivo hincapié en desacreditar la idoneidad del padre para asumir la custodia en exclusiva, mencionando que retiene a la niña cuándo le tocaba disfrutar de su derecho de visitas y que su comportamiento era violento, por lo que para el TS en ningún momento parece estar motivada su petición en el interés del menor, intentando configurar el sistema del art 92 Cc "como un premio o castigo según el comportamiento de los padres con los hijos".

Como conclusión de la jurisprudencia analizada considero que no es conveniente solicitar la guarda y custodia compartida de forma meramente provocada por la petición del otro padre o madre, sino que conviene interesarla sin dilación, al menos como petición subsidiaria, pues su petición extemporánea en sede de apelación puede interpretarse como desinterés en asumir las responsabilidades paterno-filiares.

El tercer problema derivado de la redacción del art 92.8 Cc es que el juez para imponer una custodia compartida a petición de uno sólo de los progenitores necesariamente debe pedir un informe al Ministerio Fiscal, y éste debe ser favorable a su otorgamiento, en caso contrario no podría adoptarse tal medida.

El inciso favorable fue declarado inconstitucional por la STC de 17 de Octubre de 2012³⁶. Esta sentencia respondió a las críticas realizadas por la doctrina que

carácter subsidiario y no se propugnó en las pretensiones iniciales". Sigue la misma tendencia la SAP de Castellón de 22 de Enero de 2008 al justificar la denegación de la custodia compartida solicitada por el padre además de en la existencia de un proceso penal en su contra, "en su petición extemporánea, al formularse en la vista de apelación".

³⁵"En el caso objeto de recurso, ninguno de los progenitores solicitó esta medida en sus escritos iniciales ni el recurso de apelación, pese a que se recoge en el informe del Ministerio Fiscal, ni consecuentemente se ofrecieron unas pautas necesarias para hacer efectivo este régimen. Por el contrario, los datos que maneja la sentencia del Juzgado, ratificada en este aspecto por la recurrida, no permiten acordarla en el interés de la menor que es la que, a la postre, va a quedar afectada por la medida que se deba tomar, pues no concurre ninguno de los requisitos que, con reiteración ha señalado esta Sala".

³⁶Se dicta esta STC con motivo de la presentación de una cuestión de inconstitucionalidad promovida por la AP de las Palmas de Gran Canaria, quién conoce de la apelación de una sentencia del juzgado de Familia núm. 3 de las Palmas de Gran Canaria. Precisamente la custodia sólo la pide un progenitor y el juez decide atribuirle en exclusiva a la madre porque el informe del fiscal es desfavorable a la opción de la custodia compartida. El padre recurre la sentencia ante la audiencia y ésta en su sentencia de 13 de Septiembre de 2006 habla de las

consideraban que el carácter preceptivo del informe del Fiscal implicaba una limitación del poder de decisión del órgano judicial, ya que el sentido de su resolución dependía de la decisión de los fiscales, impidiéndole que la fundamentase en el resultado del resto de pruebas practicadas.

Este inciso implica por lo tanto una infracción de varios preceptos constitucionales al contradecir lo dispuesto en el art 117.3 CE, porque restringe injustificadamente la plenitud y exclusividad del juez en el ejercicio de su función jurisdiccional, por lo que el poder del Fiscal es extralimitado, además también infringe el art. 24 de la CE referente a la tutela judicial efectiva, ya que la decisión del Fiscal no ofrece las mismas garantías que la judicial, sus decisiones no pueden ser objeto de recurso, pero sin duda la mayor infracción cometida al convertir el informe favorable del fiscal en preceptivo, es que se impide al juez indagar realmente cuál es el interés del menor.

Tal restricción implica que la decisión del juez no esté motivada en el principio fundamental de los procedimientos de familia, el interés del menor, requisito fundamental al que también hace alusión el art. 92.8 Cc. Este requisito es de fondo, por contra la necesidad de informe favorable del fiscal es un requisito del procedimiento, esto tiene influencia en el derecho a la tutela judicial efectiva del art 24 de la CE en la medida en que se impide la posibilidad de obtener una sentencia que entre en el fondo del asunto poniendo fin al procedimiento³⁷.

El art 92.8 Cc también considera un requisito imprescindible para considerar suficientemente motivada la imposición de una custodia compartida en los procedimientos contenciosos, que sea esa modalidad de guarda la que mejor proteja el interés superior del menor. El juez tiene la obligación de indagar cuál es el régimen de guarda más beneficioso para los menores, lo que supone una tarea muy complicada ya que ese interés es un concepto jurídico indeterminado y no están previstos legalmente criterios para concretarlo, por esa razón los jueces ante casos prácticamente idénticos imponían distintas modalidades de custodia.

6. El interés superior del menor.

Esta expresión se utilizó por primera vez en la "Declaración de los Derechos del Niño" aprobada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (ONU),

importantes restricciones que el legislador impone a los jueces civiles al convertir el informe del Fiscal en preceptivo. Además considera que el interés del menor debe operar como contrapeso de los intereses particulares de los progenitores.

³⁷BERCOVITZ, RODRIGUEZ-CANO, R., (2013). "Informe favorable del Ministerio Fiscal como requisito indispensable para el otorgamiento de la custodia compartida sin acuerdo entre los padres. Comentario a la STC de 17 de octubre de 2012". *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, nº91, enero- abril 2013, pp. 491 a 507.

en noviembre de 1959, pero no fue incorporada a un instrumento normativo con fuerza vinculante hasta la aprobación de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de la ONU mediante la Resolución 44/25, aprobada el 20 de noviembre de 1989. Esta Resolución en su artículo 3, inciso 1º, consagraba el interés superior del menor como principio rector de todo procedimiento en el que se adopten decisiones que le afecten³⁸.

En nuestro ordenamiento desde la entrada en vigor de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, sobre modificación del Cc en materia de filiación, patria potestad y régimen de tutela, se tienen en cuenta estos postulados, los cuáles también son trasladados a la posterior Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor que en su artículo 2 da preferencia a este interés "sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir".

Son diversas las disposiciones legales que mencionan el interés del menor³⁹ pero ninguna define su contenido, por eso mismo en los procedimientos de familia "será el juez quien deberá indagar, valorar y resolver lo más conveniente para salvaguardar de la mejor manera estos intereses⁴⁰".

Fue la STS de 8 de octubre de 2009 la primera resolución de nuestro alto tribunal que introdujo una serie de circunstancias a analizar por los jueces a la hora de valorar qué régimen de guarda de los solicitados por los progenitores era el más conveniente a los intereses de los menores. Su ponente Roca Trías realiza un análisis del derecho comparado, a través del cual:

"Se llega a la conclusión que se están utilizando criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales y con otras personas que convivan en el hogar familiar; los acuerdos

³⁸AGUILAR CAVALLO, G., (2008). "El principio del interés superior del niño y la corte interamericana de derechos humanos", en *Centro de Estudios Constitucionales de Chile*, Universidad de Talca. Año 6, nº1, pp. 223-247. Considera que "todas las medidas concernientes a los niños y niñas que se tomen por las instituciones públicas, de bienestar social, tribunales, autoridades administrativas u órganos legislativos así como las que tomen las instituciones privadas, deberán atender como consideración primordial, al interés superior del niño y de la niña, asegurándole la protección y cuidado que sean necesarios para su bienestar".

³⁹RIVERO HERNÁNDEZ, F., (2000). "El interés del menor". *Dykinson*, Madrid, p. 36. El Cc menciona este principio al regular materias como la nacionalidad, las medidas a adoptar tras la crisis matrimonial, el derecho de alimentos entre parientes, la patria potestad, el reconocimiento de filiación, guarda y acogimiento, adopción, tutela. También aparece recogido en otros textos legales como la LEC, la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero reguladora de la responsabilidad de los menores, así como en la reciente Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

⁴⁰LIÑÁN GARCÍA, A., (2013). "El ejercicio de la guarda y custodia compartida de los hijos menores e incapacitados...", *op.cit*, p.10.

adoptados por los progenitores; la ubicación de sus respectivos domicilios, horarios y actividades de unos y otros; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada en una convivencia que forzosamente deberá ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven".

Estos criterios se convierten en doctrina jurisprudencial al ser incluidos en numerosas resoluciones, como por ejemplo la STS de 10 de enero 2012⁴¹ que consolida una interpretación del artículo 92 Cc acorde al "*favor filii*". En esta sentencia el TS confirma la decisión de la SAP de Madrid de 6 de julio de 2009, la cual confirmó a su vez la resolución del JPI, desestimando la petición de custodia compartida solicitada por el padre del menor. Los argumentos de la AP para denegar este régimen son fundamentalmente la no acreditación de un cambio de circunstancias que aconseje modificar el régimen de guarda materna, establecido por convenio en la separación de hecho anterior a la petición de divorcio. La audiencia considera que la valoración de las pruebas realizadas por el JPI ha sido la correcta, ya que el informe psicosocial evacuado en esa instancia aconsejaba "con la debida profesionalidad, objetividad e imparcialidad debida, la mayor idoneidad de la madre para el ejercicio de las funciones de guarda y custodia".

Como consecuencia de esta resolución el padre interpuso recurso de infracción procesal el cuál fue desestimado y de casación, este último se estimó al presentar interés casacional, ya que se aludió a la infracción del artículo 92 Cc dada por la Ley 15/2005 que en ese momento no cumplía con los 5 años de vigencia. El padre considera que no existen circunstancias negativas que impidan una custodia compartida o incluso una exclusiva paterna, debiendo prevalecer el régimen de custodia compartida por sus evidentes consecuencias positivas. El TS cita sus sentencias de 28 de Septiembre de 2009 y la de 8 de octubre del mismo año, para concienciar a la jurisprudencia menor de las ventajas que el ejercicio compartido de la guarda suponen al interés del menor, sin embargo no otorga al padre la custodia compartida solicitada, justificando su decisión en que el recurrente no hizo alusión a las circunstancias positivas que concurrieron en el caso, cuyo análisis resulta fundamental para convencer al juzgador de que la custodia compartida es la opción más beneficiosa para los menores, tan sólo hizo alusión a alguna de las circunstancias

⁴¹La STS de 10 de enero de 2012 acoge la importantísima doctrina de la STS de 8 de octubre de 2009 y la de 28 de Septiembre del mismo año, cuya ponente también es ROCA TRIAS, al considerar en similares términos a esta última resolución, que a la vista de ciertas circunstancias, y a pesar de que no exista acuerdo entre ambos progenitores, la petición de la custodia compartida por uno de ellos posibilitará que el juez la otorgue, cuando del análisis del conjunto de las circunstancias del caso concreto estime que esta medida es la mejor forma de proteger el interés del menor.

negativas que desaconsejaban la imposición de una custodia exclusiva materna, entre ellas "un supuesto padecimiento del síndrome de alineación parental de la menor".

En definitiva el padre formula su petición motivada en su propio interés, por lo que el TS confirma las resoluciones del JPI y la de la AP, estableciendo como doctrina jurisprudencial:

"La revisión en casación de los casos de guarda y custodia solo puede realizarse, como esta Sala ha venido repitiendo, si el Juez a quo ha aplicado incorrectamente el principio de protección del interés del menor a la vista de los hechos probados en la sentencia que se recurre pues como se señaló anteriormente, el fin último de la norma es la elección del régimen de custodia que más favorable resulte para el menor, en interés de este⁴²".

En otras resoluciones es el órgano judicial, el que define de forma "abstracta o retórica" el interés del menor, sin tener en cuenta las circunstancias positivas que se dan en el caso concreto y que motivan un cambio del régimen de custodia. Esto sucede en el caso tratado por la STS de 19 de Julio de 2013, en la que por primera vez ante un supuesto subsumible en el art 92.8 Cc, el TS se pronuncia en contra de la decisión adoptada tanto por el JPI, como por la SAP, los cuales otorgaron la custodia a la madre y un régimen de visitas al padre.

Las discrepancias entre lo acordado por las instancias y lo señalado por el TS tienen su origen precisamente en la dificultad existente a la hora de determinar cuál es el régimen más beneficioso al interés superior de los menores.

El TS en esta sentencia considera que las razones a las que aluden el JPI y la AP para rechazar la custodia compartida, son insuficientes y no reflejan de forma realista el interés de los menores. Estas instancias para considerar que la guarda materna impuesta era el régimen más beneficioso para los menores, argumentaban que la imposición de una custodia compartida provocaría una situación de conflictividad constante, también justificaron su decisión en el resultado de un informe evacuado por el equipo de psicólogos adscritos al juzgado. Este informe consideraba que el cambio

⁴²Esta doctrina ya fue expuesta por la STS de 22 julio 2011 que trata un supuesto en el que tampoco se estima la petición de custodia compartida solicitada por el padre, quien presenta un recurso de casación fundamentado en que la SAP, que otorgó una custodia materna, se basó únicamente en la mala relación entre los cónyuges para excluir el otorgamiento de la custodia compartida solicitada, dejando así sin contenido el art. 92.8 Cc, sin embargo el TS desestima el recurso al considerar que la decisión de la AP es correcta, ya que valora "las pruebas aportadas de una forma adecuada y concluye, que las relaciones tensas existentes entre los progenitores perjudican el interés de los menores, y que además del resultado del informe psicológico resulta que los menores están a gusto con la guarda materna y derecho amplio de visitas del progenitor, por lo que un cambio implicaría una inadaptación, sin perjuicio de la posibilidad de modificar en un futuro dicha medida si se acreditase un cambio de circunstancias".

de guarda solicitado no iba a beneficiar a los menores quienes declararon expresamente estar a gusto con su madre y con el régimen de visitas establecido a favor del padre, por lo que "un cambio de la situación podría provocar inestabilidad en los menores".

Por contra el TS consideró que los argumentos no eran lo bastante contundentes para acabar concluyendo que la custodia exclusiva era la mejor modalidad para proteger el interés de los menores, ya que existían ciertas circunstancias que fueron obviadas por las dos sentencias, como por ejemplo, otro informe psicosocial que determinaba la conveniencia de la adopción de un sistema de ejercicio compartido de la guarda, la buena relación de afectividad que los menores mantenían con su padre y la idoneidad de ambos progenitores para asumir las funciones que derivan del otorgamiento de la guarda.

Esta STS de 19 de julio de 2013 hace suyos los pronunciamientos de una anterior, la de 29 de abril de 2013⁴³, e impone finalmente una custodia compartida argumentando la bondad de este régimen, que como norma general siempre será el más beneficioso para el interés de los menores al ser el modelo que más se acerca a la situación familiar anterior a la ruptura, ya que permite preservar el derecho de los hijos a relacionarse con ambos progenitores y el derecho de los padres a ejercer las funciones inherentes a la patria potestad.

Precisamente es la STS de 29 de abril de 2013 la que supone un antes y un después en la aplicación favorable de la custodia compartida, ya que a pesar de desestimar la petición de la madre solicitando este régimen, admite a trámite su recurso de casación para recordar:

"La redacción del artículo 92 Cc no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que al contrario, habrá de considerarse normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con

⁴³El padre interpone demanda de divorcio pidiendo la custodia para sí y un régimen amplio de visitas para la madre. La madre por su parte junto a la contestación a la demanda de divorcio pide igualmente la custodia exclusiva y un régimen de visitas a favor del padre. El JPI decide conceder la custodia en exclusiva al padre. La madre recurre en apelación y la AP desestima su recurso y confirma la resolución anterior, concediendo la custodia exclusiva al padre, al argumentar "que según lo previsto por el artículo 92.8 Cc, la imposición de una custodia compartida a petición de uno sólo de los progenitores se trata de una medida excepcional que necesita informe favorable del fiscal para poder ser impuesta, y en este caso el Fiscal en su informe estaba de acuerdo con mantener la custodia exclusiva del padre". La AP además considera a la vista de las pruebas practicadas que "los padres no tienen una predisposición colaborativa que haga eficaz dicho régimen por lo que está condenado al fracaso". Además para mayor justificación de su decisión añade que la madre ya goza de una distribución de convivencia casi igualitaria, ya que disfruta de visitas todos los fines de semana, mitad de vacaciones y dos tardes inter-semanales.

ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea".

A pesar de que el TS estima el recurso de casación interpuesto al considerar "que la SAP plantea como problemas lo que son virtudes de este régimen, sin hacer mención ninguna al interés del menor", sin embargo concluye que teniendo en cuenta las circunstancias del caso concreto no puede otorgarse una custodia compartida debido principalmente al incumplimiento de los estrictos requisitos procesales que exige la ley para su imposición, la petición de alguno de los progenitores por lo que finalmente mantiene el régimen de custodia exclusiva.

7. La idoneidad de cada uno de los progenitores con el régimen de guarda y custodia solicitado.

Desde la entrada en vigor de la Ley 15/2005, de modificación del Cc y la LEC en materia de nulidad, separación y divorcio, y conforme a lo dispuesto en el artículo 92.6 Cc⁴⁴, en concordancia con lo señalado por el artículo 92.9 Cc⁴⁵, tanto en los procedimientos contenciosos como en los de mutuo acuerdo, el juez deberá "indagar la idoneidad de cada uno de los progenitores con el régimen de guarda" (92.6 *in fine*), así como "la idoneidad de la modalidad de ejercicio de la patria potestad y del régimen de custodia de los menores" (92.9 *in fine*)⁴⁶.

Los instrumentos que tiene a su disposición el juez para medir esa doble vertiente de la idoneidad, están expresamente contemplados en ambos preceptos, ya hemos analizado la trascendencia del informe del fiscal, respecto a la importancia de la opinión expresa de los menores a los que el juez tiene la obligación de escuchar si tuvieran suficiente juicio, existe cierta problemática, ya que la redacción facultativa que hace el art. 92.6 Cc, entra en contradicción con la redacción imperativa del art. 154 Cc que considera, "los hijos que tuvieran suficiente madurez siempre deberán ser oídos antes de adoptar decisiones que les afecten." Estos problemas son solucionados por

⁴⁴Art 92.6 Cc: "En todo caso, antes de acordar el régimen de guarda y custodia, el Juez deberá recabar informe del Ministerio Fiscal, y oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor, valorar las alegaciones de las partes vertidas en la comparecencia y la prueba practicada en ella, y la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda".

⁴⁵Art 92.9 Cc: "El Juez, antes de adoptar alguna de las decisiones a que se refieren los apartados anteriores, de oficio o a instancia de parte, podrá recabar dictamen de especialistas debidamente cualificados, relativo a la idoneidad del modo de ejercicio de la patria potestad y del régimen de custodia de los menores".

⁴⁶ORTUÑO MUÑOZ, P. (2006). *El nuevo régimen jurídico de la crisis matrimonial*. Thomson Civitas, p.46. A través de la exigencia del doble requisito de idoneidad la reforma refuerza el control jurisdiccional sobre la modalidad de custodia tanto si la proponen los progenitores de mutuo acuerdo, como si la decide el tribunal en un procedimiento contencioso.

el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, que establece: " (...) en todo caso el juez deberá valorar por sí mismo a los menores mayores de 12 años"⁴⁷.

Para analizar la importancia de la expresa opinión del menor en los procedimientos que se tomen medidas que les afecten, traemos a colación la STS de 13 de Septiembre de 2016 que trata un caso en el que a pesar de existir un derecho de visitas muy amplio concedido a favor del padre, no se otorga la custodia compartida solicitada por éste debido a la expresa opinión del menor de 11 años, el cual declara estar más a gusto con el régimen de custodia concedido de forma exclusiva a favor de la madre.

Este motivo, la expresa opinión del menor es el fundamento que utiliza el JPI para establecer una guarda exclusiva a favor de la madre y un derecho muy amplio de visitas a favor del padre (custodia compartida *de facto*, puesto que el periodo de convivencia prácticamente es similar con uno y otro progenitor). El padre recurre ante la AP, pero esta confirma la resolución anterior al considerar que desde que se dictó la sentencia por el JPI, no ha habido incidencias negativas que justifiquen el cambio de régimen. El TS utilizando los mismos argumentos que las sentencias de las anteriores instancias desestima el recurso de casación y mantiene el régimen de custodia exclusiva de la madre disponiendo expresamente:

"No se entiende que frente a la ST recurrida que valora el interés del menor conforme a su opinión expresa, se pretenda un régimen de estancia y comunicaciones del padre con el hijo baja la cobertura de una custodia compartida que es prácticamente igual al régimen de visitas tan amplio establecido".

Procedemos a continuación a analizar la relevancia que tienen las relaciones entre los progenitores, como instrumento útil que le sirve al juez para indagar la "idoneidad" de cada uno de los padres con el régimen de guarda solicitado.

7.1. Las buenas relaciones entre los progenitores como presupuesto de otorgamiento de la custodia compartida

Este criterio de "las relaciones que los padres mantengan entre sí", fue incluido de forma expresa en el artículo 92.6 Cc como necesaria circunstancia a tener en cuenta por el juez a la hora de valorar la "idoneidad de cada uno de los progenitores con el

⁴⁷ORTUÑO MUÑOZ, P. (2006), *op.cit.*, p.47. La reforma introduce un nuevo sistema para garantizar el derecho del menor a ser oído que no siempre pasa por la audiencia del menor en el seno del procedimiento judicial, sino que bastará una mera exploración realizada por el juez o por los miembros del equipo psicosocial intentando a través de esta nueva fórmula que emita sus opiniones en ambientes más distendidos, distintos a la sede judicial donde actúa más intimidado.

régimen de guarda y custodia solicitado". Se trata por lo tanto del único precepto del Cc que contempla una circunstancia que ineludiblemente debe analizar el juez para decidir si otorga o no la custodia compartida solicitada.

La doctrina interpretó que los progenitores debían "acreditar una determinada actitud, una específica capacidad para el entendimiento, el diálogo, para la comunicación y cooperación mutuas"⁴⁸, si querían que les fuera concedido el régimen de guarda compartida solicitado.

Precisamente las buenas relaciones entre los progenitores son las que permiten una corresponsabilidad absoluta por lo que garantizan el buen funcionamiento de una custodia compartida. Para la doctrina ésta disposición a colaborar con el otro progenitor siempre será necesaria, en mayor o menor medida para que el régimen de custodia compartida sea acorde al interés del menor y no sea fuente de mayores controversias⁴⁹. Por lo que si la relación entre los cónyuges está marcada por la intransigencia, por ciertos incumplimientos o simplemente por cierto grado de conflictividad, el juez optará por imponer una modalidad de custodia exclusiva⁵⁰.

Ésta fue la tendencia jurisprudencial mayoritaria desde la entrada en vigor de la Ley 15/2005⁵¹, así lo ponen de manifiesto diversas sentencias de las Audiencias Provinciales, las cuales denegaron el otorgamiento de las custodias compartidas solicitadas al constatar "cierto grado de conflictividad en las relaciones de los progenitores". Es el caso de la SAP de León de 22 de febrero de 2008, que declara por una parte las bondades del régimen de custodia compartida señalando, "a través

⁴⁸DELGADO DEL RÍO. G., (2010). *La Custodia de los Hijos. La guarda compartida: Opción preferente*. Thomson Reuters, p.357.

⁴⁹ORTUÑO MUÑOZ. P., (2006). *El Nuevo Régimen....*, op.cit, p. 48. Considera "que las modalidades del sistema de ejercicio de la responsabilidad parental cuando los padres no conviven, ha de ser establecida siempre en beneficio de los hijos, pero en la práctica y dado por sobreentendido este principio, depende fundamentalmente del tipo de relación que mantengan los progenitores entre sí".

⁵⁰ROMERO COLOMA, A.Mª. (2011), "La guarda y custodia compartida y las malas relaciones entre los progenitores". *Revista de Derecho de Familia*, nº 53. p. 293. Manifiesta que "uno de los motivos por los que nuestra doctrina jurisprudencial deniega la petición de custodia compartida efectuada en el marco de un proceso judicial, es precisamente, la conflictividad entre los progenitores, la ausencia de buenas relaciones entre ellos, que se presenta en la práctica forense como un obstáculo insalvable".

⁵¹Es la falta de concreción en la regulación del Cc, en la que el art 92.6 Cc sólo hace referencia a "las alegaciones de las partes vertidas en la comparecencia y la prueba practicada en ella, y la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos" como circunstancias que necesariamente el juez debe analizar para determinar la "idoneidad" de los progenitores con el régimen de guarda compartida solicitado, la que motiva la creación de esa interpretación jurisprudencial que no es del todo incorrecta, pues es estrictamente necesario para garantizar su correcto funcionamiento que exista cierta predisposición colaborativa entre ambos progenitores.

de este régimen se mantiene la relación de los menores con ambos progenitores y crecen según un único y común proyecto educativo", mientras que por otra parte, señala sus inconvenientes, "la absoluta necesidad de un elevado nivel de comunicación fluida, madurez y comprensión recíproca entre los progenitores (...)". Por lo que llega a la conclusión de que la custodia compartida:

"Deberá ser completamente excluida en aquellas rupturas de parejas caracterizadas por la existencia de cierto grado de conflictividad o disparidad de criterios entre sus ex-integrantes".

Esta argumentación también es utilizada por la SAP de Madrid de 2 de marzo de 2007, que dispone:

"La concesión de una custodia compartida supone un grado de responsabilidad máxima de los progenitores, proyectando de acuerdo el desenvolvimiento de la vida del hijo".

Como se deduce de la jurisprudencia y de la doctrina analizada, como norma general para imponer una custodia compartida a petición de uno de los progenitores, debe existir un entendimiento entre las partes, es decir, una "predisposición a la colaboración, y ciertamente se trata de una posición lógica porque para asegurar ya no sólo el correcto funcionamiento de una custodia compartida, sino el buen reparto de las funciones inherentes al ejercicio de la patria potestad, es estrictamente necesario que los padres muestren interés por llegar a cierto entendimiento, lo que hace necesaria por otra parte la existencia de cierta comunicación fluida entre ambos, porque "si la organización en el cuidado de los hijos resulta complicada durante la duración de la convivencia entre los progenitores, más complicada resultará tras la ruptura sentimental"⁵².

Como vemos para esta corriente jurisprudencial resulta un presupuesto necesario, pues del mismo dependerá el otorgamiento o la denegación de la custodia compartida solicitada, que los progenitores acrediten mantener una buena relación caracterizada por la ausencia de conflictividad y por una comunicación fluida, ya que su demostración garantiza que ambos progenitores son idóneos para ejercer de forma conjunta la guarda y custodia solicitada.

⁵²DELGADO DEL RÍO, G. (2010). "La Custodia de los Hijos...". *op.cit*, p.359 y 360. Este autor considera necesaria la acreditación de cierta predisposición colaborativa, sin embargo considera paradójico que sólo se analice el requisito de la "capacidad necesaria" para establecer un régimen de guarda o custodia compartida, cuando debería ser también analizado y de forma más exigente para establecer una titularidad y un ejercicio de la patria potestad conjunta, por eso expresamente señala: "Para decidir las cuestiones más ordinarias de los menores el padre no goza de idoneidad, y en la misma resolución se le considera idóneo para abordar las cuestiones más trascendentales de la vida de sus hijos".

Son varios los problemas generados por la utilización de "las buenas relaciones o la falta de conflictividad" como condición *sine qua non* para el otorgamiento de la guarda y custodia solicitada por alguno de los progenitores en el procedimiento contencioso.

Uno de ellos es que aplicando esta corriente jurisprudencial se obvia algo lógico, que tras cualquier ruptura sentimental existe cierto grado de conflictividad o cierta hostilidad entre los ex-integrantes de la pareja. Esta conflictividad trae causa de unos sentimientos recíprocos de frustración y de decepción, por lo que debemos ser plenamente conscientes de que debe tolerarse cierto grado de conflictividad, porque tras la ruptura es normal que surjan desavenencias entre los progenitores, además en la mayoría de los casos se trata de una situación temporal, pues el transcurso del tiempo hará que la relación entre los ex integrantes de la pareja se normalice, llegando a comunicarse con facilidad en los temas referentes a los menores⁵³.

Parte de la doctrina también critica el concepto de "buenas relaciones o de capacidad para el entendimiento mutuo" utilizado por la jurisprudencia, considerando que se ha configurado este requisito con un nivel de exigencia que no se corresponde con la realidad⁵⁴.

Otro de los problemas derivados de la imposición de esta posición jurisprudencial es que motivó la creación artificial de situaciones conflictivas, las cuales eran utilizadas por uno de los progenitores, para justificar la concesión de una custodia en exclusiva a su favor. Se trataba de una estrategia, demostrar que el contrario es culpable de la situación de conflictividad debido a su mala conducta y así acreditar que no es idóneo para ejercer ningún tipo de guarda⁵⁵.

⁵³En este sentido se manifiesta el Proyecto de la Directiva Europea de ADR, Directiva 2013/11/UE del parlamento europeo y del consejo, de 21 de mayo de 2013, que en materia de mediación familiar establece: "ha de procurarse alcanzar la mejor relación viable entre las partes, es decir, que aunque el conflicto haya existido, se den circunstancias que permitan concluir que se ha salido de él, manteniendo una relación distinta a la de convivencia pero pacífica y colaboradora en función de la necesidad de compartir las responsabilidades hacia los hijos menores".

⁵⁴HERNANDO RAMOS, S.(2014). "Custodia compartida, ventajas y problemas que plantea. Posición del Ministerio Fiscal, en Encuentro de jueces de familia sobre guarda y custodia compartida, Consejo General del Poder Judicial", *Cuadernos Digitales de Formación*, núm. 8. Señala que "una buena relación no significa una relación de amistad, pero sí una responsabilidad mutua y buena voluntad". También se pronuncia en este sentido DELGADO DEL RÍO. G. (2010), en *La Custodia de los Hijos...*, op.cit, p. 358. Este manifiesta que "el listón de la capacidad para abordar las cuestiones más elementales de la vida ordinaria de los menores se sitúan en un plano innecesariamente maximalista", critica que la jurisprudencia realice una interpretación que no se corresponde con la realidad al obviar que toda ruptura sentimental genera ciertas discrepancias entre sus ex integrantes.

⁵⁵El juez a la hora de analizar las alegaciones y las pruebas de la vista que intenten acreditar o desacreditar la idoneidad de los progenitores con el régimen de guarda solicitado, deberá ser

El último problema y quizás el más importante, es que tras la acreditación de cierto grado de conflictividad se produce la denegación automática de la petición de custodia compartida, por lo que los jueces no llegan a analizar otras circunstancias positivas que podrían aconsejar su imposición, de esta manera no se llega a "indagar" realmente cuál es el interés del menor en el supuesto concreto.

7.2. La superación del enfrentamiento entre los padres y la interpretación correcta de la "capacidad necesaria para el entendimiento mutuo".

Las denuncias efectuadas por la doctrina poniendo de relieve la incorrecta aplicación del requisito de las "buenas relaciones" tuvieron su traslado a la jurisprudencia, aunque de un modo paulatino. En contra de la posición adoptada por las Audiencias Provinciales más reacias al otorgamiento de la custodia compartida⁵⁶, surgió otra posición jurisprudencial que defendía las ventajas de esta modalidad de ejercicio de la responsabilidad parental. Es el caso de la SAP de Castellón de 4 de octubre de 2005, una de las pioneras a la hora de declarar que el mero enfrentamiento entre los padres no era un motivo suficiente para denegar el otorgamiento de una custodia compartida solicitada por uno de los progenitores. Para llegar a esta conclusión la AP tiene en cuenta lo señalado en la IV Convención de magistrados y abogados de familia en la que se considera que "la conflictividad puede darse en distintos grados, por lo que un nivel bajo resultaría tolerable". Esta posición fue reiterada en la SAP de Castellón de 22 de Enero de 2008⁵⁷, que establece:

"En nuestra opinión, la mala relación entre los progenitores, o la falta de relación fluida entre ellos, no debe ser nunca por sí sola un obstáculo que impida el establecimiento de un régimen de guarda y custodia compartida, si concurren todos los requisitos y presupuestos legales exigidos para ello, y ello es lo más indicado para la protección del interés del menor".

La SAP de Barcelona también acoge esta posición jurisprudencial, podemos verla reflejada en sus sentencias de 12 de Enero de 2006 y en la de 20 de Febrero de 2007.

especialmente cauteloso procurando salvo casos evidentes, no culpabilizar a uno sólo de los integrantes de la ex pareja como incentivador de las malas relaciones y menos al comenzar el procedimiento, no debe dejarse llevar por las interrelaciones o interferencias recíprocas que hacen muy difícil un juicio objetivo.

⁵⁶Entre ellas, la AP de Valencia, muestra de ello es su sentencia de 15 de enero de 2007, la cual después fue revocada por la STS de 10 de octubre de 2010, la AP de Madrid, como refleja su sentencia de 9 de julio de 2004 y la AP de León en su sentencia de 22 de febrero de 2008.

⁵⁷Se trata de un supuesto de divorcio en el que el JPI otorga la guarda de la menor de dos años a la madre, el padre decide recurrir la sentencia en apelación solicitando el otorgamiento de una custodia compartida. El apelante hace alusión a su gran flexibilidad horaria y a la conducta obstruccionista que la madre y la abuela materna han venido desarrollando en la relación de la niña con su padre, lo que a su parecer genera en la menor, ciertos perjuicios psíquicos. A pesar de que la SAP considera que la existencia de conflictividad no es motivo suficiente para denegar el otorgamiento de custodia compartida solicitada, no la concede porque el padre está inmerso en un procedimiento penal por malos tratos y amenazas a la madre y por su petición extemporánea, al formularse en la vista de la apelación.

En la primera de estas resoluciones se señala expresamente:

"Existe una opinión muy generalizada en el mundo de la psicología y en la Jurisprudencia menor, tendente a rechazar la custodia compartida en aquellos supuestos en que no existe conformidad o acuerdo entre ambos progenitores, y aun en los supuestos en que existe buena relación, se ha denegado por no concurrir ciertas condiciones de coordinación entre padre y madre en determinados aspectos de la vida cotidiana de los niños. Se ha vinculado la estabilidad emocional de los niños, con la necesaria ausencia de conflictividad entre los padres, sin analizar en ocasiones el origen o causa de esta conflictividad"⁵⁸.

A pesar de posicionarse a favor de aplicar de forma cautelosa el requisito de las buenas relaciones, la sentencia citada no otorga la custodia compartida solicitada por el padre y mantiene la exclusiva a favor de la madre establecida por el JPI.

Para llegar a esta conclusión la AP analiza diversos factores los cuáles aconsejan la imposición de la custodia compartida, como la capacidad de ambos progenitores para hacerse cargo de las menores, su disponibilidad horaria, la afectividad que las menores muestran hacia los dos, sin embargo recalca más aspectos negativos que desaconsejan la imposición del régimen solicitado por el padre, como el impago de pensiones alimenticias a pesar de su elevado nivel económico, así como un régimen de hostilidad ente los progenitores que ha derivado en malos tratos hacia la madre, situación de la que conoce la jurisdicción penal. Precisamente la AP coincide con las conclusiones del informe psicosocial emitido, el cual considera que tal situación conflictiva repercute negativamente en las menores provocándoles un estado de ansiedad y obligándolas a estar inmersas en un conflicto de lealtades. Por todo ello la AP concluye:

"La conflictividad u hostilidad existente entre ambos progenitores va mas allá de la que podría derivarse, dentro de unos límites razonables, de una ruptura o crisis matrimonial".

En el caso tratado por la SAP de Barcelona de 20 de Febrero de 2007, sí se estima la petición de custodia compartida solicitada por el padre debido principalmente, a que las partes en el desarrollo de la apelación acceden a someterse a un procedimiento de mediación a través del cual llegan a adoptar acuerdos en lo que se refiere a la disolución del régimen económico matrimonial, aunque no llegan a consenso alguno sobre el régimen de guarda de los menores. La AP al estimar el recurso de apelación presentado por el padre considera que desde la suspensión del procedimiento contencioso por el inicio de la mediación, han tenido lugar cambios importantes, entre ellos la entrada en vigor de la Ley 15/2005 y el deseo expresamente manifestado por

⁵⁸Exponentes de dicha doctrina son las sentencias de la AP de Madrid, de 25 de octubre de 2002 y 21 de marzo de 2003, las sentencias de la AP de Gerona de 9 de febrero de 2000, la de 25 de febrero de 2001 y la de 27 de enero de 2004, la SAP de Las Palmas de 28 de febrero de 2005, así como las sentencias de la propia AP de Barcelona de 22 de junio de 2005, la de 29 de diciembre de 2004 y la de 28 de enero de 2005.

el menor de pasar el mismo tiempo con su madre que con su padre. Estos motivos hacen que la AP se decida por imponer este régimen, también aconsejado por el Fiscal, ya que una vez analizadas las circunstancias del caso concreto, las ventajas que ofrece el régimen de custodia compartida son altamente superiores a sus inconvenientes⁵⁹.

Esta tendencia jurisprudencial es seguida por la SAP de Madrid de 29 de Diciembre de 2008, en la que se decide mantener el régimen de custodia compartida otorgado por el JPI, a pesar de que la madre alegó conflictividad entre los progenitores como motivo fundamental de su recurso de apelación⁶⁰.

Según lo argumentado por las últimas sentencias comentadas podemos llegar a las siguientes conclusiones:

-La ausencia de conflictividad entre los padres es una circunstancia que aconseja *a priori*, la imposición de una custodia compartida, pero no es una condición imprescindible, ya que la denegación de este tipo de custodia no debe justificarse exclusivamente en la no concurrencia de tal circunstancia, porque su otorgamiento también debe depender de la concurrencia de otros factores, considerados favorecedores del sistema. Estas resoluciones advierten a otros tribunales de su incorrecta posición, pues al considerar las malas relaciones entre los progenitores como un obstáculo insalvable impiden indagar cuál es realmente el interés de los menores en el caso concreto.

-Es necesario analizar el origen o causa de esa conflictividad porque en ocasiones se creará de forma artificiosa y estará motivada exclusivamente en los intereses de los progenitores, que pueden ser económicos u obedecer a sentimientos personales como

⁵⁹La SAP dispone: "si bien pueden existir dudas por la falta de acuerdos y de consenso en el quehacer cotidiano, no hay que olvidar, ni ignorar, que la conflictividad que puede comportar la disparidad de criterios educativos y de estilos de vida de los dos progenitores también puede perjudicar a los menores en un sistema de custodia exclusiva, y lo cierto es que con la custodia compartida se producen grandes beneficios para los hijos en el presente caso".

⁶⁰Trata un caso en el que ya el JPI otorgaba la custodia compartida, la madre decide recurrir en apelación solicitando su atribución en exclusiva alegando fundamentalmente "que la comunicación entre los progenitores es nula", sin embargo para la AP no es así porque "el informe pericial practicado en Primera Instancia afirma que sí ha existido comunicación fluida entre los dos para tratar los temas relacionados con sus hijos, existe una base que aunque ahora se encuentra deteriorada se puede restablecer por el bien y el interés de los menores, la pareja ha compartido a lo largo de los años las responsabilidades y tareas en lo referente a las necesidades y demandas de sus hijos y la autora del informe practicado en esta alzada manifestó que ambos litigantes son capaces de dialogar y comunicarse en relación con el menor".

el rencor, la venganza o el sentimiento de pérdida que para uno de los progenitores supone la custodia exclusiva atribuida al otro⁶¹.

-En definitiva existe otra corriente jurisprudencial que apuesta por otorgar custodias compartidas en los casos en los que existe cierto grado de conflictividad entre los progenitores, cuando concurren otras circunstancias que aconsejan el establecimiento de este régimen de responsabilidad parental, por ser como norma general, el que mejor protege el interés del menor⁶².

El TS no sentó doctrina sobre este tema hasta la sentencia de 22 de julio de 2011⁶³. En el caso tratado por esta resolución el JPI y la AP justifican la conveniencia de la guarda materna otorgada, aludiendo al carácter excepcional de la custodia compartida y a la imposibilidad del establecimiento de este régimen, dada la mala relación existente entre los progenitores los cuales no mantienen una comunicación fluida sino que ésta sólo tiene lugar a través del intercambio de notas escritas. El Tribunal Supremo al conocer del recurso de casación formulado por el padre, se pronuncia advirtiendo:

"Las relaciones entre los cónyuges por sí solas no son relevantes ni irrelevantes para determinar la guarda y custodia compartida. Solo se convierten en relevantes cuando afectan, perjudicando el interés del menor".

Esta sentencia supuso la superación de la anterior tendencia jurisprudencial mayoritaria, y es a su vez citada por la STS de 9 de marzo de 2012, que vuelve a reiterar que la existencia de cierta relación conflictiva entre los progenitores por sí sola, no es una causa que fundamente la denegación de la custodia compartida solicitada. Esta última sentencia trata un supuesto de divorcio en el que el JPI concede la guarda a la madre y un régimen de visitas a favor del padre. El padre recurre en apelación, pero la AP confirma la resolución del JPI al considerar que de la prueba practicada consistente en interrogatorio de las partes y en pericial judicial:

"resulta que la relación de los padres en un principio se produjo sin desavenencia pero se vio modificada a raíz del desencuentro entre los progenitores en relación al disfrute de las vacaciones estivales, desde ese momento las relaciones dejaron de ser cordiales y se comunicaron tan solo vía sms".

⁶¹DELGADO DEL RÍO, G. (2010). *La Custodia de los Hijos*, op.cit, p. 390. Para llegar a esta reflexión analiza la SAP de Barcelona de 12 de Enero de 2006.

⁶²DELGADO DEL RÍO, G. (2010). *Ibidem*, p. 391. Considera que esta posición jurisprudencial viene a exigir una modificación de los parámetros conforme a los cuáles se vienen resolviendo las peticiones de custodia compartida en los procedimientos contenciosos.

⁶³Trata un supuesto de una pareja que se divorcia atribuyéndose tanto en primera, como en segunda instancia, la guarda y custodia de los dos hijos menores a la madre. El TS a pesar de rebatir los argumentos utilizados por la AP, sobre todo el carácter de excepcionalidad de la medida, decide finalmente mantener la guarda materna al considerar que el padre no motiva su petición en el interés del menor.

El padre recurre en casación, considerando que la sentencia recurrida no argumenta la causa por la que considera el nivel de conflicto entre los progenitores elevado, pero su recurso es desestimado por el TS, no porque no presente interés casacional, ya que el propio TS considera que existen resoluciones contradictorias en las AAPP sobre la incidencia de la conflictividad entre los cónyuges, sin embargo concluye señalando que el recurrente no ha denunciado esa infracción como debía, al no enfocarla hacia el interés del menor⁶⁴.

Parece estar claro, pues así lo refleja la doctrina del TS, que la existencia de cierto grado de conflictividad entre los progenitores no es por sí solo motivo suficiente para denegar el otorgamiento de una custodia compartida, sin embargo algo sobre lo que no se han pronunciado las sentencias comentadas, es sobre el nivel de capacidad de entendimiento que deben acreditar los progenitores a la hora de convencer al juez de su idoneidad con el régimen de custodia compartida solicitado.

Como ya se ha puesto de manifiesto, la interpretación realizada por la mayoría de la jurisprudencia desde la entrada en vigor de la ley 15/2005 parte de la necesidad de acreditar un nivel extremadamente exigente de esa capacidad, esto es así porque se llega a la conclusión de que la custodia compartida fracasará si no existe una "armonía absoluta" entre los progenitores, sin embargo esta posición no se corresponde con la realidad y supone elevar el listón de la capacidad necesaria a un nivel de perfección utópico, el cual está por encima incluso "del que son capaces de alcanzar un buen porcentaje de matrimonios"⁶⁵.

⁶⁴Para el TS de la valoración conjunta de la prueba practicada en las diversas instancias, se determinó que "era más conveniente para la pequeña la atribución a la madre de la guarda y custodia, por lo que al haberse atendido en el caso planteado al interés del menor, y no haberse justificado que la sentencia recurrida haya atendido incorrectamente a este interés en función de la prueba practicada, el motivo ha de ser desestimado". El TS advierte con esta sentencia de que los recursos de casación en temas de custodia sólo serán admisibles cuando de las infracciones denunciadas se evidencie una incorrecta interpretación del interés del menor.

⁶⁵Así lo dispone la SAP de A Coruña de 7 de Diciembre de 2006, que trata un supuesto en el que el JPI impone una custodia compartida, decisión con la que la madre no está de acuerdo ni tampoco lo está la fiscalía, por ello interponen recurso de apelación, sin embargo la AP no lo estima argumentando: "la medida sentenciada no se ha adoptado a la ligera sino apoyada en el contundente resultado favorable de la prueba pericial psicológica acordada judicialmente (...). Ahora, en el momento de dictar esta sentencia de apelación llevamos casi dos años, sin que durante todo ese tiempo se hayan puesto de manifiesto problemas de relevancia en el desarrollo del régimen, sino ciertas discrepancias sobre aspectos más bien puntuales (por ejemplo, en materia de asistencia a actividades extraescolares), y sin que se haya demostrado que el desafecto entre los cónyuges y la quiebra de su relación que motivó su separación, sus pasados episodios de tirantez hasta que se pidió y obtuvo una decisión judicial provisional sobre guarda y custodia, o los problemas laborales con otros familiares, constituyan un perjuicio u obstáculo que impida el ejercicio conjunto ni determine que lo mejor en la actualidad para los hijos fuera imponer una custodia exclusiva".

Cada vez son más las voces de la doctrina que consideran incorrecta la interpretación jurisprudencial hasta entonces mayoritaria, sobre la acreditación de buenas relaciones como requisito necesario para considerar a ambos progenitores idóneos para el ejercicio conjunto de las responsabilidades parentales. Algunos autores consideran que las buenas relaciones simplemente deben traducirse en "una capacidad mínima" para llegar al entendimiento mutuo, ya que si se rebajan los requisitos de exigencia, siempre será posible superar situaciones pasajeras por conflictivas que sean⁶⁶.

Esta posición doctrinal fue recogida por la SAP de Murcia de 10 de Febrero de 2009⁶⁷, que aunque no lo dispone expresamente, de sus argumentos podemos deducir que apuesta por una disminución del nivel de exigencia del requisito de las relaciones entre los progenitores, las cuales se considerarán idóneas para la atribución de una custodia compartida cuando de las mismas se acredite una "mínima capacidad" de entendimiento.

En la consolidación de la "capacidad mínima para el entendimiento" como doctrina jurisprudencial mayoritaria, tuvo especial incidencia la STS de 8 de octubre de 2009, en la que se incluía junto a muchos otros, como factor indicativo del interés del menor, "el respeto mutuo en las relaciones personales de los progenitores". Por lo que el TS aunque no se pronuncia expresamente sobre el tema de la necesaria acreditación de cierta capacidad para el entendimiento, como circunstancia que determina la idoneidad de cada uno de los progenitores para afrontar las complicaciones que pueden derivar de la imposición de un régimen de custodia compartida, establece una línea roja que nunca podrá sobrepasarse, ya que la pérdida de respeto impide al juez valorar otras

⁶⁶DELGADO DEL RÍO, G. (2010). "La Custodia de los Hijos...", *op.cit*, p. 386. Apuesta por tener en cuenta otros criterios, distintos a la mera ausencia de conflictividad, para reflejar la idoneidad de cada uno de los progenitores en relación con el ejercicio conjunto de la guarda, como puede ser por ejemplo, la dedicación de cada uno de los progenitores a los hijos durante la etapa de convivencia, pues "ésta permite fundar una esperanza sólida en que se pueda restablecer un clima relacional propicio para dialogar y comunicarse a propósito de sus hijos". Del análisis de ésta o de otras circunstancias concurrentes, podrá el tribunal presumir que la tirantez existente entre ambos progenitores podrá superarse, por lo que existirá certeza sobre el exitoso desarrollo de este régimen.

⁶⁷El padre interpone una acción de modificación de las medidas paterno filiales impuestas en el anterior procedimiento de divorcio de mutuo acuerdo, en el cual se otorgó a la madre la custodia de los cuatro hijos menores. El JPI rechaza la modificación de guarda solicitada por el padre, entonces recurre en apelación ante la AP, la cual decide conceder la custodia compartida fundamentando su decisión en el informe emitido por la psicóloga del juzgado, en el cual queda claro que a pesar de "la existencia de problemas en la educación de cuatro hijos menores debido a los escasos recursos económicos de los padres y la necesidad de ambos de trabajar, lo que reduce su tiempo libre a disposición de los menores, la actitud positiva observada en ambos padres para solventar cuestiones en interés de los hijos anteponiendo las necesidades de los mismos a los conflictos personales, refleja la conveniencia de la imposición de este régimen de custodia".

circunstancias concurrentes que pudieran convencerlo de la idoneidad de los progenitores.

Del análisis de estas resoluciones podemos concluir que a pesar de que en un principio, exista cierta situación conflictiva e incluso una falta de comunicación entre los progenitores, si concurren ciertas circunstancias que apuntan a una posible superación de la situación y resulta que del análisis de todos los factores indicativos del interés del menor se llega a la conclusión de que el otorgamiento de una custodia compartida es la mejor forma de protegerlo, la medida deberá imponerse.

En la STS de 29 de noviembre de 2013, precisamente se habla de las malas relaciones entre las partes como motivo fundamental utilizado por la SAP para denegar el otorgamiento de la custodia compartida solicitada por uno de los progenitores. Se trata de un caso en el que el JPI otorgó la custodia compartida, sin embargo la AP revoca tal decisión otorgando la custodia exclusiva a la madre al considerar acreditada, "la ausencia de buenas relaciones aptas para compartir la custodia de sus dos hijas menores", para justificar mejor que la custodia en exclusiva es la más conveniente al interés de las menores, señala "*la ausencia de diálogo*", como circunstancia negativa que desaconseja su imposición.

El padre recurre en casación ante el TS denunciando la infracción de la doctrina jurisprudencial sentada por la STS de 19 de julio de 2013, la cual consolidó la imposición del régimen de la custodia compartida como medida más beneficiosa a los intereses de los menores, por sus evidentes ventajas ya que "es el régimen de custodia que más se aproxima al modelo de convivencia existente antes de la ruptura matrimonial".

El TS admite el recurso al considerar que efectivamente la AP aplica el régimen de forma excepcional, lo que infringe la doctrina señalada por el recurrente, además también considera que la AP vulnera la doctrina impuesta por la STS de 22 de julio de 2011, ya que no puede utilizarse la genérica afirmación "no tienen buenas relaciones" para denegar el otorgamiento de una custodia compartida. Para el TS será necesario precisar de qué manera dichas relaciones pueden resultar contrarias al interés de las menores⁶⁸.

⁶⁸STS 29 de Noviembre de 2013: "Las relaciones entre los cónyuges por sí solas no son relevantes ni irrelevantes para determinar la guarda y custodia compartida, solo se convierten en relevantes cuando afecten, perjudicándolo, el interés del menor, como sucede en supuestos

Vemos como el TS desde 2011 deja clara su posición, la cual es incluso más contundente con el paso del tiempo, muestra de ello es la STS de 16 de febrero de 2015⁶⁹ que se pronuncia una vez más a favor de la imposición de la custodia compartida incluso en los casos en los que existe un importante grado de conflictividad entre los progenitores. Se trata de un caso en el que otra vez la AP utiliza las malas relaciones para justificar que la custodia exclusiva de la madre es la mejor forma de proteger el interés del menor. Resulta paradójica su decisión porque precisamente es la madre la que está condenada por un delito de coacciones y amenazas al cambiar la cerradura del domicilio familiar, obstruyendo así el acceso a la misma al padre de sus hijos. Para la AP:

"el grado de conflictividad es contrario al clima de diálogo sosegado entre los progenitores, a la comunicación fluida y al entendimiento entre los mismos, y permite inferir que la custodia compartida no sea la solución sino un semillero de problemas que intensifique la judicialización de la vida de los litigantes e incida negativamente en la estabilidad del menor".

Ante esta decisión el padre interpone recurso de casación argumentando que la SAP de Sevilla infringe la doctrina ya consolidada del TS, ya que sólo tiene en cuenta el interés del menor de forma "retórica u aparente", por lo que la sentencia no indaga realmente cuál es régimen de custodia más beneficioso para los menores. El TS decide admitir el recurso y analiza la supuesta tensión fuera de lo habitual a la que hace alusión la SAP, llegando a la conclusión de que su origen es la condena por falta de coacciones de la madre y las discrepancias manifestadas por el esposo a la hora de mantener la escolarización del menor en un colegio privado-concertado, estos motivos no son suficientes para negar la conveniencia de una custodia compartida, pues del análisis de otras circunstancias como la disponibilidad horaria e ingresos de los progenitores, así como de su organización en el cuidado de los menores durante el tiempo de convivencia, ambos resultan ser idóneos para hacerse cargo de su guarda, además los menores muestran afecto por ambos progenitores sin preferir a uno de ellos. Al analizar estas circunstancias el TS concluye que la imposición de la custodia

de conflictividad extrema entre los progenitores, especialmente siempre que existan malos tratos, a causa de la continua exposición del niño al enfrentamiento".

⁶⁹Ante el JPI la madre interpone demanda de divorcio solicitando la custodia exclusiva, mientras que el padre solicita la compartida, se estiman las pretensiones de la madre estableciendo a favor del padre un régimen de visitas amplio y flexible, sin embargo éste decide recurrir en apelación ante la AP la que acaba por confirmar la resolución del JPI debido al "importante nivel de tensión existente entre los progenitores, la condena de la esposa por una falta de coacciones es indicativo de ello, superior al habitual en casos de crisis matrimoniales, y motivado en buena medida por desencuentros y discrepancias serias en torno al colegio en el que el menor debe estar escolarizado".

compartida aportará tanto a los menores como a los progenitores, más ventajas que inconvenientes⁷⁰.

El TS a través de esta sentencia presume "las habilidades para el diálogo" de ambos progenitores justificando su decisión en la profesión de ambos litigantes, profesores universitarios, además recuerda que la relación entre los progenitores, no debe ser relación amistosa sino simplemente debe basarse en el respeto mutuo, ya que este tipo de relaciones permitirán:

"La adopción de actitudes y conductas que beneficien al menor y que no perturben su desarrollo emocional por lo que a pesar de la ruptura afectiva de los progenitores se mantenga un marco familiar de referencia que sustente un crecimiento armónico de su personalidad".

8. La improcedencia de una guarda compartida en los casos previstos en el artículo 92.7 CC:

El artículo 92.7 del Cc establece:

"No procederá la guarda conjunta cuando cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos. Tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica".

Este precepto contiene una importante restricción ya que en ninguno de los dos supuestos señalados será posible el otorgamiento de una custodia compartida⁷¹.

El precepto tiene dos partes, en la primera se refiere a la comisión por uno de los progenitores de hechos delictivos que impliquen un atentado contra determinados bienes jurídicos (vida, integridad física, libertad, integridad moral o la libertad e indemnidad sexual), pero en esta primera parte a su vez distingue dos víctimas

⁷⁰Esta sentencia analiza las principales ventajas del régimen de la custodia compartida, como son el fomento de la integración del menor con ambos padres, la evitación del sentimiento de pérdida, el no cuestionar la idoneidad de los progenitores y la estimulación de la cooperación entre los padres. Esta sentencia cita a su vez la STS de 2 de julio de 2014 en la que se establece: "se pretende con este régimen aproximarse al modelo de convivencia existente antes de la ruptura sentimental, garantizar al tiempo a sus padres la posibilidad de seguir ejerciendo los derechos-funciones de la responsabilidad parental y de participar en igualdad de condiciones en el crecimiento y desarrollo de sus hijos, lo que parece también lo más beneficioso para ellos".

⁷¹Según RUIZ DE LA CUESTA FERNÁNDEZ, S., (2013). en "La atribución de la custodia compartida en supuestos de violencia intrafamiliar". *Práctica de Tribunales*, nº 100, Editorial La Ley, "se sobreentiende que en ninguno de los supuestos contemplados por este precepto tampoco será posible estimar la petición de custodia exclusiva solicitada por el progenitor incurso en el procedimiento penal". "El problema surge cuando las agresiones entre los progenitores son recíprocas, en este caso ni la legislación del Cc, ni la de las leyes autonómicas prevén una solución". Es lo que sucede en la SAP de Málaga de 2 de julio de 2007 que señala que ante casos tan particulares debemos analizar el interés del menor, ya que "la aplicación automática del art. 92.7 Cc conllevaría a la privación del derecho-deber de custodia de ambos progenitores, otorgando la misma a su familia extensa, lo que implicaría sacar al menor del ambiente familiar habitual perjudicando sus intereses".

distintas, primero el otro progenitor, por lo que siendo la víctima la madre, estos serán tipificados como delitos de violencia de género, y en segundo lugar las víctimas también pueden ser sus propios hijos o aquellos menores que hubiesen convivido con la ex-pareja.

La segunda parte del apartado séptimo del artículo 92 Cc, se refiere a la existencia de "indicios fundados de violencia doméstica"⁷².

Una crítica importante que la doctrina realiza sobre la redacción de la primera parte del precepto, es que no hace alusión al concreto iter procesal penal en el que debe encontrarse uno de los progenitores para que el juez aplicando el art 92.7 Cc, pueda denegar el otorgamiento de cualquier modalidad de guarda solicitada. Este precepto simplemente señala "cuando el progenitor esté incurso en un proceso penal", por lo que su imprecisión suscita muchas dudas. No sabemos si una simple denuncia permite al juez civil o al juez de violencia contra la mujer⁷³, aplicar el precepto, o por el contrario es necesario que haya comenzado una fase de instrucción en la que existan suficientes indicios de criminalidad que indiquen que el progenitor es el autor de los hechos que se le imputan, o puede que haya que apostar por una interpretación del precepto incluso aún más restrictiva con la finalidad de salvaguardar el principio de presunción de inocencia, elevado a derecho fundamental por el artículo 24 de la Constitución. Si apostamos por esta última interpretación, sólo podría denegarse la petición de custodia solicitada por el progenitor incurso en el proceso penal, cuando ya se hubiese dictado sentencia firme condenatoria⁷⁴.

Esa imprecisión del precepto que produce una confrontación entre el interés del menor y el derecho fundamental a la presunción de inocencia, quería ser solucionada a través de la entrada en vigor del Anteproyecto de Ley, sobre el Ejercicio de la

⁷²Según la Circular de la Fiscalía General del Estado 6/2011, de 2 de noviembre, sobre criterios para la unidad de actuación especializada en relación con la violencia sobre la mujer, la referencia del art. 92.7 Cc a la "violencia doméstica", incluye también a la violencia de género.

⁷³RUIZ DE LA CUESTA FERNÁNDEZ, S. (2013), *op.cit.* Si la acción penal es anterior a la civil y los delitos cometidos son constitutivos de violencia de género, deberá aplicarse lo dispuesto por el art. 87 ter 3 LOPJ que otorga a los Juzgados de Violencia Contra la Mujer (JVM) competencia para pronunciarse sobre los asuntos civiles, por lo que la demanda de separación, divorcio y correlativas medidas paterno-filiares se tramitarán ante el mismo. Pero también puede suceder que se presente la demanda ante la jurisdicción civil y después se inicie un procedimiento penal, bien por violencia "intrafamiliar" que implicaría la continuación del procedimiento ante el juez civil, o bien por "violencia de género", en este caso deberá el juez civil inhibirse a favor del juez de violencia de acuerdo a lo dispuesto por el art. 49 bis LEC, siempre y cuando el proceso civil no hubiese alcanzado la fase de juicio oral.

⁷⁴ROMERO COLOMA, A.Mª. (2010). "La guarda y custodia compartida: análisis y problemática jurídica", en *Diario La Ley*, nº 7504. "Habría que entender que el legislador ha querido referirse a ser condenado en un proceso penal, ya que toda persona, como no podía ser menos en nuestro Estado Social y Democrático de Derecho, es inocente y se le presume inocente mientras no se prueba fehacientemente lo contrario".

Corresponsabilidad Parental en caso de Nulidad, Separación y Divorcio, aprobado el 24 de julio de 2014 (en la actualidad, paralizado), que propone la inclusión de un nuevo art. 92 bis Cc⁷⁵, que sustituye la redacción del art 92.7 Cc, señalando expresamente que sólo se denegará la custodia a aquel progenitor que resulte condenado en sentencia penal firme. El Cc quería adoptar las soluciones ya contempladas en las legislaciones autonómicas, sin embargo este anteproyecto no llegó a entrar en vigor por lo que hoy en día no existe una regulación que disipe las importantes dudas suscitadas en torno a la aplicación del precepto.

Para solventar tal indeterminación debemos acudir a la Circular de la Fiscalía General del Estado, 6/2011, de 2 de noviembre, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en relación con la violencia sobre la mujer, que señala que la simple denuncia resulta insuficiente para activar la aplicación del art. 92.7 Cc, considerando que es necesario la existencia de una "resolución judicial motivada en la que consten indicios fundados y racionales de criminalidad"⁷⁶. En este sentido, RUIZ DE LA CUESTA FERNÁNDEZ considera que tales resoluciones pueden identificarse "con todo auto que conlleve esa valoración, como puede ser una orden de protección, un auto de prisión provisional, de transformación del procedimiento abreviado, así como un auto de procesamiento".

Otro problema generado por la imprecisión del art 92.7 Cc, es que una vez finalizado el proceso penal que justificó la aplicación del precepto mediante sentencia absolutoria, el juez de familia se ve obligado a revisar el régimen de guarda exclusivo concedido a favor de uno de los progenitores. Es lo que sucede en la STS de 13 de abril de 2016⁷⁷, a través de la cual nuestro alto tribunal sienta doctrina, al considerar

⁷⁵Artículo 92.bis 5 anteproyecto: "No procederá atribuir la guarda y custodia de los hijos, ni individual ni compartida, ni un régimen de estancia, relación y comunicación respecto de ellos, al progenitor que haya sido condenado penalmente por sentencia firme, por atentar contra la vida (...), del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos hasta la extinción de la responsabilidad penal, tras lo cual será el Juez quien deba valorar si procede tal concesión, atendiendo a los criterios señalados en los apartados anteriores y, singularmente al delito cometido, duración de la pena, reincidencia y reinserción del progenitor".

⁷⁶En los mismos términos se pronuncian las legislaciones autonómicas de Navarra (Ley Foral 3/2011, de 17 de marzo, sobre custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia de los padres y la de Aragón (Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres), por su parte la legislación autonómica catalana, (Ley 25/2010 de 29 de Julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia), es más restrictiva que las anteriores y exige sentencia firme de condena.

⁷⁷Esta sentencia trata un supuesto en el que el padre solicita una modificación de las medidas definitivas impuestas en un procedimiento contencioso de divorcio a través del cual se atribuyó la guarda y custodia del menor a la madre. El fundamento que desde el inicio del proceso contencioso alegaron tanto el JPI como la AP para denegar la petición de custodia a favor del padre, es que "existía una denuncia de la madre por malos tratos que había dado lugar a la incoación de una causa penal, por lo que con independencia del resultado del proceso el juez

que la sentencia absolutoria respecto del delito de violencia doméstica que se le imputaba a uno de los progenitores, implicaba un cambio de las circunstancias en los términos señalados por los art. 90.3 Cc⁷⁸. El TS concluye que se aprecian cambios significativos en las circunstancias que se tuvieron en cuenta cuando se adoptó el anterior sistema de custodia, tales como el cambio de edad de los menores, que por sí mismo "constituye una variable que aconseja un contacto más intenso con los dos progenitores", también es una causa que legitima al juez para revisar el régimen de guarda otorgado, la modificación de la jurisprudencia, puesto que en el momento de dictar la sentencia de casación la doctrina jurisprudencial es distinta a la que se seguía al dictar las medidas definitivas tras estimar la petición de divorcio, ahora la custodia compartida es el sistema normal salvo excepciones. A propósito de explicar el cambio de la legislación o de la jurisprudencia como una factor importante que puede condicionar la admisión de una acción de modificación del sistema de guarda, cita la STS de 16 de Octubre de 2014, a través de la cual el tribunal consideró como cambio sustancial de las circunstancias susceptible de propiciar una revisión del régimen de guarda, el nuevo régimen legal establecido como consecuencia de la declaración de inconstitucionalidad del inciso favorable del art 92.8 Cc, "que amplía la posibilidad de adoptar el sistema de custodia compartida, no siendo necesario el preceptivo informe del Fiscal". Pero sin duda al cambio que más importancia tiene para el TS es la absolución del padre del delito de maltrato habitual y amenazas por el que fue denunciado.

estaba vinculado por el art. 92.7 CC a denegar el otorgamiento de cualquier tipo de custodia solicitada por el padre". Al dictarse sentencia absolutoria en vía penal, el padre decide solicitar una modificación de las medidas definitivas, pidiendo como acción principal la custodia exclusiva a su favor y como petición subsidiaria la compartida, sin embargo el JPI no se la concede, por lo que recurre en apelación ante la AP, que vuelve a negarle la posibilidad de cambiar el régimen al señalar: "que no se ha acreditado un cambio sustancial de las circunstancias, porque sigue persistiendo un ambiente de conflictividad en la relación entre los progenitores".

⁷⁸Art. 90.3 Cc: "Las medidas que el Juez adopte en defecto de acuerdo o las convenidas por los cónyuges judicialmente, podrán ser modificadas judicialmente o por nuevo convenio aprobado por el Juez, cuando así lo aconsejen las nuevas necesidades de los hijos o el cambio de las circunstancias de los cónyuges(...)". Este precepto cambió su redacción tras la entrada en vigor de Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria, que con la finalidad de acoger la postura jurisprudencial que daba preeminencia al interés del menor, introdujo en su disposición final 1ª, varias modificaciones de los preceptos del Cc, entre las cuales se encontraba el art 90. Antes el precepto disponía: "Las medidas que el Juez adopta en defecto de acuerdo, o las convenidas por los cónyuges, podrán ser modificadas judicialmente o por nuevo convenio cuando se alteren sustancialmente las circunstancias", por lo que los cambios de guarda sólo podrían estar sustentados en un "cambio sustancial de las circunstancias", en términos similares al actual artículo 775 LEC, sin embargo la nueva redacción del precepto acomodándose a la doctrina jurisprudencial actual, implica que los cambios que puedan suscitar una revisión del régimen, sólo deberán ser ciertos.

Precisamente para corregir la imprecisión del art. 92.7 Cc se aconseja por una parte de la doctrina suspender el procedimiento civil hasta que el órgano encargado del enjuiciamiento penal se pronuncie condenando u absolviendo⁷⁹.

8.1. Delitos en los que uno de los progenitores atenta contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro progenitor.

El precepto es poco preciso, para poder determinar su repercusión debemos analizar la jurisprudencia, en todo caso se exige para su aplicación que la víctima del delito sea la ex-pareja sentimental, tenemos que situarnos en un proceso de separación o divorcio caracterizado por una relación especialmente conflictiva entre los progenitores. Esa alta conflictividad desemboca en la comisión de un hecho delictivo, que puede producirse tanto durante la duración de la convivencia y manifestarse en el posterior procedimiento civil, o también puede producirse durante la tramitación del propio procedimiento de divorcio o separación, o incluso una vez concluido el mismo, debido a las tensiones creadas como consecuencia de la imposición del ejercicio de una custodia compartida, o bien a propósito del desarrollo del derecho de visita del progenitor no custodio.

Un problema importante que se genera con la imprecisión de esta parte del art 92.7 Cc, es la tipología penal a la que se refiere el precepto, debemos entender que entran dentro de su ámbito de aplicación el homicidio, las lesiones, las detenciones ilegales, secuestros, amenazas, coacciones, torturas, delitos contra la integridad moral, agresiones sexuales, abusos, acoso, exhibicionismo y provocación, por lo que si la conducta delictiva no puede ser tipificada como alguno de estos delitos, no procederá su aplicación⁸⁰.

⁷⁹UREÑA CARAZO, B. (2016). "La conflictividad entre los progenitores como criterio de atribución de la custodia compartida. Especial referencia a la violencia de género". *Revista Derecho de familia*, Nº 11, Editorial La Ley. p. 11. Considera que "lo procedente, en aras de respetar el principio de presunción de inocencia, elevado al rango de derecho fundamental en el art. 24.2 CE, para el caso de que no se hubiese procedido a la inhibición por parte del Juez que esté conociendo del proceso de divorcio a favor del Juez de Violencia de Género (...), es la suspensión del procedimiento civil de divorcio hasta tanto se depure la responsabilidad penal del progenitor a quien se impute el delito de violencia de género, de forma que, cuando se dicte sentencia en éste último, tendrá el Juez del procedimiento civil todos los elementos de juicio necesarios para pronunciarse sobre la medida de la guarda y custodia".

⁸⁰RUIZ DE LA CUESTA FERNÁNDEZ, S.,(2013). "La atribución de la custodia compartida en supuestos...", *op.cit*, p.10. Cita la STS de 7 abril de 2011 en la que nuestro alto tribunal tiene problemas para decidir si la falta de coacciones y amenazas puede considerarse un delito de los recogidos por el art. 92.7 Cc.

El mayor problema que se ha generado debido a su imprecisión, se produce en relación a la comisión de faltas contra las personas, anteriormente reguladas en el artículo 617 (lesión, maltrato de obra) y 620 (amenazas, coacción, injuria, vejación), de nuestro antiguo CP (LO 10/1995, de 23 de noviembre)⁸¹. Como norma general se incluyen en el ámbito de aplicación del artículo 92.7 Cc, aunque ciertas resoluciones si tienen en cuenta la menor gravedad de la conducta para justificar un análisis de las restantes circunstancias, con la finalidad de indagar cuál es realmente el grado de conflictividad entre los progenitores y su repercusión en el interés de los menores, por lo que apuestan por una aplicación más restrictiva del precepto.

Analizamos el tratamiento jurisprudencial de tres casos en los que existe la comisión de una infracción penal leve (antes conocida como falta), a los efectos de determinar si procede o no la aplicación "automática"⁸² del art. 92.7 Cc.

La primera de ellas, es la STS 7 de abril de 2011 en la que finalmente se deniega la custodia compartida junto a otros factores, por haber sido condenado el padre en virtud de sentencia firme por una falta de amenazas y coacciones a la esposa.

El JPI decide conceder la custodia compartida argumentando su decisión en la expresa opinión de la menor, así como su conveniencia apoyada por el fiscal y por los miembros del equipo psicosocial y añade como causa que justifica su otorgamiento, la buena relación que el menor mantiene con ambos progenitores. Esta resolución es recurrida en apelación por la madre quien argumenta que su ex-pareja había resultado condenado en sentencia firme por una falta de amenazas y coacciones, por lo que el caso es subsumible en el supuesto de hecho contemplado en el artículo 92.7 Cc cuya aplicación implicaría vetar al juez de la posibilidad de otorgar la custodia compartida solicitada por el padre. La AP estima la petición de la madre, al considerar:

"existía conflictividad entre los cónyuges no sólo debido a la ruptura, sino en relación a los esquemas educativos, la madre debió instar la ejecución de la pensión alimenticia; el padre debía estar ausente del lugar de residencia de los menores por lo que los hijos quedaban al cuidado de la abuela materna, lo que generaba conflictos con la hija

⁸¹Debe tenerse en cuenta que tras la reciente reforma operada en el Código penal mediante LO 1/2015, de 30 de marzo, se han suprimido algunas faltas con fundamento en el principio de intervención mínima del Derecho Penal, pero otras infracciones no desaparecen sino que pasan a ser tipificadas como delitos leves.

⁸²RUIZ DE LA CUESTA FERNÁNDEZ, S. (2013), "La atribución de la custodia...", *op.cit.*, p.20. Manifiesta que "existen dudas sobre la naturaleza de las prescripciones contenidas en el precepto, si deben interpretarse por el juez como normas imperativas, lo que conlleva a su aplicación automática o si por contra, existe un margen de discrecionalidad del juez que le permita valorar la entidad de los hechos imputados y sus consecuencias en el interés de los menores. Las únicas normas que dejan abierta la puerta a tal discrecionalidad son las leyes autonómicas catalana y valenciana, la cual fue declarada inconstitucional en el año 2015".

mayor con los menores, el padre, fue condenado por una falta de amenazas y coacciones a la esposa por sentencia firme", de todos estos motivos se infiere que la mejor forma de proteger a los menores es la guarda materna, a pesar de que el fiscal y el equipo psicosocial señalan la conveniencia de la compartida".

El padre recurre en casación ante el TS argumentando que la AP ha cometido una infracción de los arts. 92.8 y 9 Cc, en relación con el art. 92.7 Cc, sostiene el recurrente que los hechos por los que se le condenaron no suponen un delito de violencia de género. El TS señala que efectivamente tal como apunta el padre, la falta cometida no entra en el ámbito de aplicación de la primera parte del art. 92.7 Cc, opinión con la que discrepo ya que una falta de amenazas y coacciones atenta contra la libertad de las personas⁸³. Señala el TS que en todo caso, la conducta es subsumible en el supuesto contemplado en la segunda parte del precepto, ya que esa condena implica "indicios fundados de violencia doméstica o de una situación conflictiva entre los padres", en cuyo caso recuerda que también es improcedente el otorgamiento de una guarda conjunta. Además el TS recuerda al recurrente que la decisión adoptada por la AP no sólo obedece a la existencia de una condena por la comisión de una falta, sino a la valoración de otras circunstancias negativas que ponen de manifiesto una relación conflictiva entre los progenitores que afecta al estado emocional de los menores⁸⁴.

La STS de 25 de abril de 2016 llega a la misma conclusión que la anterior, el padre promueve una acción de modificación de medidas paterno-filiares solicitando el cambio del régimen de guarda materna establecida por una custodia compartida. El JPI decidió denegar la petición del padre y mantuvo el régimen de guarda exclusiva materna, adoptado de mutuo acuerdo en el convenio regulador. Su argumento fundamental para denegar el cambio solicitado fue la existencia de una condena firme por un delito de injurias cometido contra la madre.

El padre recurre la sentencia y la AP confirma la resolución del JPI, poniendo de manifiesto que si bien existen circunstancias positivas que aconsejan la modificación del régimen impuesto, como la mayor disponibilidad horaria del padre para cuidar al

⁸³Las amenazas constituyen un delito contra la libertad y por lo tanto debe incluirse en el ámbito de aplicación del precepto, así lo pone de relieve la SAP de Castellón de 23 de Octubre de 2006 y así mismo lo considera la SAP de la Coruña de 27 de mayo 2015, que establece:"al existir un procedimiento penal abierto por amenazas del marido el supuesto podría subsumirse en el art 92.7 Cc.

⁸⁴"La existencia de una condena penal por falta de amenazas y coacciones se utiliza como un criterio más entre los enumerados en la sentencia. No es decisivo porque aunque se eliminara este argumento, la medida acordada por la sentencia recurrida se mantendría, por las restantes razones, que son suficientes para conservar la decisión de la sentencia recurrida".

menor al encontrarse en situación de paro, esta circunstancia por sí sola no motiva un cambio en el régimen de guarda establecido pues debido a la existencia de la condena penal y a la evidente conflictividad entre los progenitores, el padre debería enfocar su recurso en explicar la disminución de esa conflictividad y su no incidencia en el estado psíquico del menor, en definitiva concretar:

"Los riesgos o perjuicios objetivos que pueden implicar para su desarrollo, atención o cuidado el mantenimiento de una guarda exclusiva, pues la existencia de los mismos aconsejaría la modificación de la guarda, lo que aquí ni se ha alegado ni concurre".

El padre entonces recurre en casación alegando la vulneración de la doctrina jurisprudencial que considera a la custodia compartida, como la modalidad de guarda que mejor protege los intereses de los menores. El TS considera que el recurrente invoca el interés del menor de forma abstracta sin concretarlo, al contrario que las resoluciones recurridas de las anteriores instancias, que sí analizan las particulares circunstancias del caso. Para el TS sí existe una conflictividad la cual no ha resultado desacreditada por el padre, el cual al margen de la condena por injurias ha asumido una conducta que dificulta gravemente el desempeño pacífico de una guarda compartida⁸⁵.

Sin embargo en la STS de 16 de febrero de 2015, se llega a la conclusión contraria, en este caso es la madre la que resulta condenada por sentencia firme a una falta de coacciones, a pesar de ello la AP sosteniendo la relación conflictiva entre los progenitores y las desavenencias en los estilos educativos, curiosamente concede la guarda exclusiva a la condenada. El TS con motivo de la admisión del recurso de casación presentado por el padre considera que él no puede resultar el único perjudicado por la mala conducta de su mujer, por lo que le concede la custodia compartida solicitada, además recuerda que la "capacidad mínima para el entendimiento o el diálogo" a veces no es desvirtuada por la comisión de conductas delictivas de escasa gravedad, y que por lo tanto habrá que analizar en estas

⁸⁵El actor durante la tramitación de las instancias no justificó que con anterioridad a la interposición de un procedimiento de modificación de medidas paterno filiales se estaba desarrollando un régimen de "custodia de facto", el cual tuvo lugar sin incidencias importantes. En segundo lugar el TS consideró que no había resultado acreditado que existiera "una relación de normalidad que exige nuestra jurisprudencia, y ello porque del relato común de ambas partes y testigos, puede advenirse la existencia de situaciones anormalmente tensas en lo que al menor respecta", esta conclusión encuentra su justificación en varios relatos realizados en la tramitación de las diversas instancias, el prestado por el representante de la policía local que manifestó como en su presencia, el actor discutió acaloradamente con la demandada y en presencia del menor, acerca del régimen de visitas, y el segundo en el que la madre, acompañada de su tío materno y testigo intentó acercarse a menor para saludarle mientras jugaba con su padre en el parque y éste se negó a que le se acercara a ellos.

ocasiones sí existe en la conducta de los progenitores otros factores positivos que aconsejen el establecimiento de una custodia compartida.

Podemos llegar a la conclusión de que el TS sí tiene en cuenta la gravedad de los hechos imputados, por lo que ante la comisión de faltas, en la actualidad delitos leves, sí existe cierto margen de discrecionalidad del juez a la hora de aplicar el art 92.7 Cc, ya que no está obligado de forma automática a denegar la custodia compartida o custodia exclusiva solicitada por el progenitor incurso en el procedimiento penal, sino que debe valorar otras circunstancias para fundamentar que la decisión adoptada por las audiencias es la más beneficiosa para el interés del menor, aunque curiosamente sólo una de estas resoluciones concede la custodia compartida, precisamente la última en la que la falta de coacciones es cometida por la madre⁸⁶.

8.1.2. Especial consideración de los delitos de Violencia de Género.

Hemos visto que en los casos en que se cometen conductas delictivas tipificadas como faltas, la aplicación del art. 92.7 Cc es más restrictiva dejando cierto margen de discrecionalidad al juez, sin embargo veremos a continuación que en los casos en los que se cometan "delitos de violencia de género"⁸⁷, la aplicación del art. 92.7 Cc será mucho menos restrictiva porque en estos casos no se procederá a analizar circunstancia alguna para concretar el interés del menor, sino que se denegará inmediatamente la petición de custodia del padre incurso en el procedimiento penal.

La SAP de Barcelona, de 12 de enero de 2007, contempla un supuesto de divorcio en el que el JPI tiene en cuenta la condena por sentencia firme del padre por un delito de maltrato en el ámbito familiar como circunstancia que conlleva a la denegación automática de la custodia compartida solicitada por el mismo. En este caso la

⁸⁶ Considero que alguna de estas resoluciones pueden ponerse en tela de juicio. La STS de 16 de febrero de 2015 presume la capacidad de la madre para llegar a un entendimiento con el padre a pesar de haber sido condenada por una falta de coacciones, sin embargo en las otras dos resoluciones no se presume la capacidad de los padres, además en la primera de ellas, la STS de 7 de abril de 2011 se utiliza la existencia de malas relaciones para justificar la concesión de una custodia exclusiva a favor de la madre sin valorar suficientemente otras circunstancias positivas que pudieran aconsejar un otorgamiento de la custodia compartida. En la STS de 25 de abril de 2016 se realiza un análisis de las circunstancias más exhaustivo, aunque también utiliza principalmente la existencia de una relación conflictiva para justificar que la guarda exclusiva de la madre es la mejor forma de proteger el interés del menor.

⁸⁷ ARROM LOSCOS, R., NADAL GÓMEZ, I., RIBAS, E.R., (2010). "La protección frente a la violencia de género: tutela penal y procesal", Dykinson. Se consideran delitos de género, el de lesiones leves y los malos tratos de obra (art. 153 CP), las lesiones que necesiten de una primera asistencia facultativa, (art 147 C.P), cuya pena es agravada si la víctima fuere o hubiere sido esposa, o mujer que estuviere o hubiere estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad, y las amenazas y coacciones (art. 171.4 y 172.2 CP).

sentencia penal se dictó por conformidad y el hecho denunciado fue un "leve empujón (al discutir con motivo de la entrega de la niña al domicilio materno)", por lo que tal conducta podría tipificarse en la actualidad como un delito de lesiones leves o maltrato de obra tipificado en el artículo 153 CP⁸⁸. En el procedimiento penal se adoptó una orden de protección que le impedía acercarse a la víctima o comunicarse con la misma.

El padre decide recurrir la decisión del JPI, pero la AP confirma su resolución argumentando la gran conflictividad existente entre los progenitores. La AP al estimar la apelación se pronuncia sobre las especiales aptitudes que deben reunir los progenitores para compartir la custodia de sus hijos, y a pesar de tener en cuenta diversas circunstancias positivas que aconsejaban la imposición del régimen, como el resultado del informe psicosocial el cuál llegaba a la conclusión de que los progenitores sí habían reducido la tensión existente, y que por lo tanto a través de tratamiento terapéutico o sometimiento al procedimiento de mediación podría conseguirse cierto entendimiento que posibilitaría el ejercicio de una guarda compartida, llega a la conclusión de que la tensión pasó de lo tolerable durante el procedimiento de separación en el que se condenó al padre por un delito de malos tratos en el ámbito familiar⁸⁹, y que por lo tanto no podía aconsejarse la imposición de una custodia compartida, sin perjuicio de solicitar su revisión en un futuro.

La STS de 4 de febrero de 2016 trata un supuesto en el que durante el desarrollo del régimen de custodia compartida impuesto por el JPI, el padre comete un delito de amenazas en el ámbito familiar. La condena penal se dicta por el Juzgado de Instrucción de Guernica por conformidad del acusado, que le impone la pena de 40 días de trabajo en beneficio de la comunidad y la prohibición de acercarse y de comunicarse con la víctima durante 16 meses.

⁸⁸Art 153.1 CP: "El que por cualquier medio o procedimiento causare a otro menoscabo psíquico o una lesión de menor gravedad de las previstas en el apartado 2 del artículo 147, o golpear o maltratar de obra a otro sin causarle lesión, cuando la ofendida sea o haya sido esposa o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia (...)".

⁸⁹"La consecuencia de lo anterior, es que no es posible proseguir el proceso de terapia conjunta que había sido aconsejada por los especialistas, ni tampoco iniciar el proceso de mediación familiar que recomienda la psicóloga que ha emitido el dictamen, puesto que el artículo 44.5 de la LO 1/2004, de medidas contra la violencia sobre la mujer, impide expresamente (artículo 87 ter LOPJ), la utilización de la mediación en estos casos".

En un principio y durante la tramitación del proceso de divorcio se impuso como medidas provisionales la custodia compartida, sin embargo el JPI tras la petición de modificación de medidas paterno-filiares instada por la madre, decide modificar el régimen e impone una guarda materna. El padre recurre ante la AP, la que decide revocar la sentencia del JPI y restablecer una custodia compartida.

La madre entonces recurre en casación, aportando la sentencia firme condenatoria a la que hemos hecho alusión, lo que implica para el TS la obligada aplicación del art. 92.7 Cc y la denegación automática de la custodia compartida:

"No se pueden dejar sin respuesta hechos indiscutidos de violencia en el ámbito familiar, con evidente repercusión en los hijos, que viven en un entorno de violencia, del que son también víctimas directa o indirectamente, y a quienes el sistema de guarda compartida propuesto por el progenitor paterno y acordado en la sentencia les colocaría en una situación de riesgo por extensión al que sufre su madre, directamente amenazada".

La STS de 26 de mayo de 2016 trata un caso en el que durante la tramitación de la primera y la segunda instancia se concede la custodia compartida solicitada por el padre, a pesar de estar incurso en un procedimiento penal por una presunta falta de coacciones contra la madre, es al recurrir en casación cuando el TS revoca la decisión de la AP y establece una guarda materna. Para el TS el principal motivo que justifica este cambio de régimen es la incorporación a la causa de un auto por el que el juez de guardia decide transformar las diligencias urgentes practicadas, en diligencias previas para proseguir con la instrucción de los hechos denunciados por la madre, los cuáles presentan indicios fundados de criminalidad.

Es curioso cómo la AP que conoce del recurso de apelación apunta a que existe un trato de absoluta falta de respeto del padre hacia la madre, incluso abusivo y dominante, y sin embargo considera que ello "no es relevante para determinar la guarda y custodia compartida porque no existe condena firme en tal sentido, y se debe salvaguardar el principio de presunción de inocencia". La AP añade para justificar tal decisión que la relación conflictiva no perjudica al interés superior del menor y que no concurren otras circunstancias que desaconsejen la imposición de una custodia compartida⁹⁰.

⁹⁰La SAP de la Coruña considera que al existir un procedimiento penal abierto por coacciones del marido, el supuesto podría subsumirse en el art. 92.7 Cc, sin embargo apuesta por una interpretación restrictiva del precepto en favor del principio de presunción de inocencia, al establecer expresamente: "no queda acreditado que los hechos hayan ocurrido como relata la mujer, de forma que en el caso presente los hechos podrían tener encaje en la prohibición del apartado 7.º del art. 92 CC pues el padre ha quedado incurso en un proceso penal por un delito de coacciones frente a la mujer..." sin embargo no lo aplica al considerar que será necesario

La madre ante esta decisión formula recurso de casación fundamentado en dos motivos, "la infracción del art 92.7 Cc y de la jurisprudencia del TS recogida entre otras, en la STS de 7 de abril de 2011", ya que considera que la SAP de La Coruña no ha valorado correctamente la situación existente, al ser evidente que no concurren los requisitos indispensables para otorgar la custodia compartida solicitada, como son: "la existencia de una relación de respeto entre los padres, existiendo un procedimiento penal contra el marido por un delito contra la libertad de la mujer, lo que impide apreciar dicha medida como beneficiosa para el interés del menor".

Para el TS la incorporación a la causa del testimonio del auto de incoación de procedimiento abreviado es fundamental pues de la misma se extrae que:

"El padre lleva a cabo una conducta de acoso desde el momento en que la mujer solicita la custodia exclusiva, coge su coche sin permiso, la sigue por su barrio, insultándole o insultando a sus familiares, retiene al niño cuando debe ser devuelto al domicilio materno...".

Las conclusiones del médico forense incluidas en el procedimiento penal, describen la relación entre los progenitores como "conflictiva, con conductas violentas por parte del varón, de forma repetitiva, creando una relación de dependencia, con sentimiento de culpa, minimización y esperanza de cambio". En el informe aunque no constan agresiones físicas, sí existen verbales y acciones de control de actividades, al igual que de control económico. Estas conductas según el forense acaban por producir en la madre unos síntomas de depresión-ansiedad que tienen relación directa con el estrés provocado por la vigencia del régimen de custodia compartida.

Estos hechos prueban la mala conducta del padre, por lo que el TS casa la SAP y establece la custodia en exclusiva de la madre al considerar que "deben separarse los casos en los que existe una lógica conflictividad, de los casos en los que el marco de relaciones se vea tachado por una injustificable condena por un delito de violencia de género que aparta al padre del entorno familiar y de la comunicación con la madre", en estos últimos casos resulta imposible presumir cierta capacidad para el entendimiento o diálogo por lo que ninguna actitud de predisposición colaborativa puede haber entre ambos, lo que convierte "al ejercicio compartido de la función parental en inadecuado

antes de denegar la custodia compartida ponderar su aplicación con el interés superior de los menores: "no debe olvidarse que la interpretación del art. 92, ap. 5, 6 y 7, debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida a acordar, sin olvidar que «el propio juzgado de violencia doméstica a la vista de las pruebas practicadas, no impide las visitas del progenitor con el menor, adoptando únicamente una medida como es la entrega del menor en el punto de encuentro para de este modo evitar enfrentamientos".

al interés de sus dos hijos". El TS además menciona el artículo 2 de la LO 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia en el que se exige expresamente que los menores deben crecer en un entorno "libre de violencia", de forma que "en los casos en los que no puedan respetarse todos los intereses legítimos concurrentes, deberá primar el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir".

Podemos concluir del análisis de estas tres resoluciones que en los casos en los que exista condena penal firme por la comisión de un delito de violencia de género, a pesar de que se dicte por conformidad del acusado, así como en los casos en los que el juez penal dicte auto de incoación de procedimiento abreviado, la aplicación del art 92.7 Cc será automática, por lo que la unión a la causa de la sentencia penal de condena o del auto implica la imposibilidad de imponer el régimen de custodia solicitado por el condenado, o incurso en el proceso penal, ya que la falta de respeto que supone el amenazar o maltratar física, psicológicamente o de obra a la madre de los menores, impide entrar a valorar otras circunstancias positivas que aconsejen el otorgamiento de una custodia compartida en interés del menor.

Aplicación del art 92.7 Cc ante la existencia de indicios fundados de violencia de género:

Nos referimos al supuesto contemplado en la segunda parte del artículo 92.7 Cc en el cual con independencia de la existencia y del resultado del proceso penal, el juez de lo civil al percibir de las alegaciones de las partes o de las pruebas practicadas un comportamiento agresivo del padre hacia la madre, podrá denegar su petición de custodia exclusiva o compartida. En estos casos la actuación del juez es distinta según la fase del proceso en la que nos encontremos, si no se ha llegado al juicio oral, citará a las partes y al Fiscal a una comparecencia en la que les comunicará su parecer sobre la existencia de indicios fundados de violencia de género, el Fiscal decidirá presentar denuncia o solicitar orden de protección ante el Juzgado de Violencia sobre la Mujer de la que dará copia al juez civil, quién continuará conociendo del procedimiento si no hubiese sido requerido por el JVM para inhibirse, por lo que llegado al juicio oral, el juez civil procederá a la aplicación automática del art. 92.7 Cc denegando la modalidad de custodia solicitada por el padre.

En la STS de 7 de abril de 2011, ya comentada, precisamente el padre alega que la AP que decide revocar el otorgamiento de la custodia compartida concedida por el JPI, comete una infracción en la aplicación del art 92.7 Cc porque según él su condena

firme por falta de coacciones y amenazas queda fuera del ámbito de aplicación del precepto. El TS considera que a pesar de que tal conducta no sea subsumible en la primera parte del precepto, sí lo es en la segunda, por lo que sí resulta procedente la aplicación del art.92.7 Cc y consecuentemente la denegación de la custodia compartida solicitada por el padre, al estar inmerso en un procedimiento penal del que se infieren indicios fundados de violencia de género.

Si la competencia recae exclusivamente en el juez civil, este deberá justificar la aplicación del precepto, porque esta sólo procede si tras la acreditación de los indicios se iniciasen actuaciones penales, pero además deberán decidir sin que los supuestos indicios de violencia que dijo advertir, puedan ser tomados en cuenta para fundamentar su fallo⁹¹.

Analizamos a continuación la STS de 11 de febrero de 2011 en la que el proceso penal de faltas por malos tratos en el ámbito familiar incoado por la madre, finaliza en sobreseimiento debido al perdón de la ofendida, quien ya contaba con una orden de protección, pero a pesar del sobreseimiento el juez civil tiene en cuenta la incoación del proceso penal para acordar la suspensión del derecho de visitas del padre. El JPI y la AP coinciden en que el comportamiento violento manifestado por el padre durante el desarrollo de la vista, de la que tuvo que ser desalojado, unido a la existencia del proceso penal, implican indicios suficientes de la permanente violencia doméstica a la que está sometida la madre, indicios que conllevaron a que el juez instructor dictará a su favor una orden de protección que obligó a la víctima a trasladarse a un piso de protección.

⁹¹RUIZ DE LA CUESTA FERNÁNDEZ, S. (2013), op.cit. p.13. Los indicios no pueden ser el único motivo que fundamenten el fallo por el que se desestima la petición de custodia solicitada por el padre, sin embargo no es extraño en estos casos que se acuda a la socorrida fórmula del alto nivel de conflictividad o a la valoración negativa de su relación, a esta fórmula recurre la STS de 7 de abril de 2011, que establece: debe recordarse al recurrente que este no fue el único argumento que llevó a la SAP a rechazar la guarda compartida, puesto que se utiliza como un criterio más entre los enumerados en la sentencia(conflictividad entre los cónyuges no sólo debido a la ruptura, sino en relación a los esquemas educativos; la madre debió instar la ejecución de la pensión alimenticia, el padre debía estar ausente de A Coruña por su actividad profesional, siendo la abuela quien se hacía cargo de los niños, lo que generaba enfrentamientos con la hija mayor). La STS considera que la existencia de causa penal no es decisiva porque aunque se eliminara este argumento, la medida acordada por la sentencia recurrida se mantendría, por las restantes razones, que son suficientes para conservar la decisión de la sentencia recurrida.

El progenitor no custodio recurre en casación ante el TS y denuncia la infracción del artículo 94 Cc⁹² que regula el derecho de visitas del progenitor no custodio. El TS en aplicación de la regulación de la LO 1/2004, de 28 de Diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, considera que en este caso resulta procedente la suspensión del derecho de visitas⁹³, ya que debido a las especiales circunstancias, sería contraproducente para el interés del menor mantener un régimen de visitas a favor de su progenitor, ya que existen riesgos suficientemente acreditados que convencen a los magistrados de que el menor pueda sufrir algún tipo de comportamiento violento durante el desarrollo de las visitas.

Este último caso es particular porque sin existir sentencia penal firme debido al sobreseimiento del proceso, se tiene en cuenta la iniciación del procedimiento penal que unido a la conducta violenta que el padre manifestó en el desarrollo de la vista, son considerados motivos suficientes para concluir que existen "indicios fundados de violencia doméstica", que en este caso no sólo conllevan a la aplicación del art 92.7 Cc, en su apartado segundo, sino a la denegación del derecho de visitas.

Precisamente esta es la conducta que debería ser asumida por muchas resoluciones judiciales, "porque no se puede pretender denegar custodias exclusivas o compartidas a los imputados por delitos de violencia doméstica y a la vez otorgarles derechos de visitas tan amplios que casi iguallen al período de estancia con la madre⁹⁴".

En definitiva, del análisis de los diferentes supuestos que recaen en la esfera del art. 92.7 Cc, debemos concluir que en ocasiones es necesaria la aplicación automática del precepto, incluso la denegación del derecho de visita del progenitor no custodio, mientras que en otros supuestos, cuando la conducta delictiva es menos grave, sería aconsejable su aplicación restrictiva, no solo para salvaguardar el derecho de

⁹²Art. 94 Cc: "El progenitor que no tenga consigo a los hijos menores o incapacitados gozará del derecho de visitarlos, comunicar con ellos y tenerlos en su compañía. El Juez determinará el tiempo, modo y lugar del ejercicio de este derecho, que podrá limitar o suspender si se dieran graves circunstancias que así lo aconsejen o se incumplieren grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial (...)".

⁹³Esta Ley Orgánica en su artículo 65 dispone: "El Juez podrá suspender para el inculcado por violencia de género el ejercicio de la patria potestad, guarda y custodia, acogimiento, tutela, curatela o guarda de hecho, respecto de los menores que dependan de él". Por su parte el artículo 66 de esa misma ley, dispone que en estos casos el juez también podrá suspender "el régimen de visitas, estancia, relación o comunicación del inculcado por violencia de género respecto de los menores que dependan de él".

⁹⁴Alegaciones de la Fiscal Delegada de Tenerife, incorporadas a la Memoria de la Fiscalía General del Estado del año 2012 por la Fiscal de Sala Delegada Coordinadora contra la violencia sobre la mujer.

presunción de inocencia, sino para dar la oportunidad al juez de realizar un análisis del resto de circunstancias concurrentes indagando cuál es realmente el interés del menor y la mejor manera de protegerlo.

8.2.Delitos contra la vida, integridad física o moral o la libertad e indemnidad sexual de los menores que convivieron con la ex-pareja.

Resulta incluso más evidente que en los delitos de violencia de género, que la comisión de este tipo de infracciones penales conlleve de forma automática a la denegación de la custodia solicitada por el imputado o penado, por lo que el problema afecta más al establecimiento o denegación de un régimen de visitas a favor del progenitor no custodio. Es la cuestión que se trata en la STS de 26 de Noviembre de 2015 que establece una doctrina esencial sobre el derecho de visitas del progenitor que no tenga atribuida la guarda y custodia del menor:

"El juez podrá suspender el régimen de visitas del progenitor no custodio y condenado por delito de maltrato con su cónyuge o pareja y / o por delito de maltrato con el menor o con otro de los hijos que convivan con ambos, valorando los factores de riesgo existentes".

El juzgado de lo penal de Algeciras condena al padre por un delito de malos tratos habituales contra la madre, así como por un delito de amenazas y por un delito de malos tratos respecto a su hija mayor, a una pena de más de 2 años de prisión, además se dicta una orden de alejamiento provisional respecto a las mismas, sin embargo el juez de lo penal no se pronuncia sobre el régimen de comunicación o visitas con la hija menor.

El padre tras cumplir condena decide interponer demanda de modificación de medidas en la que solicita la atribución del ejercicio de la patria potestad de la hija menor a favor de ambos progenitores, y la fijación de un régimen de visitas manteniendo la guarda exclusiva de la madre. Esta se opuso totalmente al establecimiento de derecho de visitas alguno. Sin embargo el JPI estimó las peticiones del padre argumentando que no existe una orden de alejamiento sobre la hija menor y que por lo tanto debe establecerse un derecho de visitas, aunque en principio éste se estableció de forma restrictiva, ya que su padre es casi un desconocido para la menor al no haber convivido con ella, además el JPI considera necesario que las visitas se realicen en un punto de encuentro y condiciona una posterior ampliación de tal derecho, a su sometimiento a un tratamiento terapéutico.

Ante esta resolución, la madre interpuso recuso de apelación ante la AP, la cual lo desestima confirmando íntegramente la resolución recurrida, entonces la madre decide interponer recurso de casación ante el TS, dice que la solución tomada en este caso es contraria a la adoptada en la STS de 11 de febrero de 2011⁹⁵, en la que se suspende el régimen de visitas por la situación de violencia deducible de la imposición de una orden de protección, también considera que se han vulnerado los artículos 65 y 66 de la LO 1/2004 de 28 de Diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, ya que tales preceptos autorizan al juez a suspender el derecho de visitas incluso la patria potestad, para los condenados por delitos de violencia de género.

El TS estima su recurso de casación porque en su opinión la SAP no respeta el interés del menor al no concretar los aspectos del programa terapéutico al que debe someterse el padre, por lo que no garantiza que el derecho de visitas respecto a su hija menor vaya a desarrollarse sin riesgo alguno. El TS justifica su decisión en la aplicación de la LO 8/2015 de 22 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y la adolescencia, la cual dispone: "la medida que se adopte en interés del menor no restringirá o limitará más derechos que los que ampara", para el TS en los casos en los que no puedan respetarse todos los intereses legítimos que concurriesen, deberá primar el interés del menor sobre cualquier otro que pudiera concurrir.

Así el TS sienta doctrina sobre el desarrollo del derecho de visitas, considerando que deberá aplicarse restrictivamente cuando el progenitor hubiese sido condenado por malos tratos a otro de los hijos, "ya que el factor de riesgo es más que evidente en relación con un menor con escasas posibilidades de defensa".

A propósito del desarrollo del derecho de visitas, bien entre progenitores que comparten la custodia de sus hijos durante los períodos en los que no les corresponde vivir con ellos, o bien en su desarrollo en custodias exclusivas en las que el progenitor no custodio goza de visitas más o menos amplias, pueden surgir desavenencias, entre la más típica, la retención de los menores. Precisamente en la STS de 19 de enero de 2016 se trata un caso de persistente incumplimiento del régimen de visitas por parte del padre, quien retiene a los menores sin justificación en los períodos de tiempo que

⁹⁵Ya ha sido analizada este STS en el apartado anterior y le sirve a la madre para demostrar que la decisión tomada por la AP no ha sido la correcta, porque si en el caso anterior los hechos delictivos sólo se cometieron contra la madre, y supusieron la denegación del otorgamiento de un derecho de visitas a favor del padre, en este ocasión el riesgo para la menor es mucho mayor, porque no sólo su madre es víctima de la violencia protagonizada por el otro progenitor, sino también lo es su propia hija mayor, además existe una condena firme penal, no la simple iniciación de un proceso el cual acaba sobreseyéndose.

les corresponde estar con la madre, para el TS la reiteración de la conducta implica la comisión de un delito de sustracción de menores, regulado en el artículo 255 bis 2.2 CP.

Esta sentencia recoge un caso en el que a través de procedimiento de mutuo acuerdo los padres se divorcian, teniendo dos hijos menores, acordando una custodia compartida con periodicidad mensual. Durante el desarrollo del régimen de custodia se produjeron varios sucesos por los cuales, la madre durante el periodo que le correspondía, no pudo disfrutar de la compañía de sus hijos. Estas retenciones injustificadas conllevaron a la madre a interponer, en primer lugar, varios procedimientos de ejecución ante el JPI que homologó el convenio regulador, los cuáles fueron infructuosos, y su elevada litigiosidad implicaron que el JPI tuviera que acordar el ingreso de los menores en un centro tutelar, ordenando posteriormente su acogimiento a favor de la familia paterna. Ante tal situación la madre denuncia al padre ante el Juzgado de Instrucción de Pamplona por un delito continuado de sustracción de menores, desobediencia y falta continuada de incumplimiento de obligaciones familiares, el Juzgado falla a su favor y también la AP, que le condena a dos años de prisión y a 4 años de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, así como a otros 2 años por el delito de desobediencia.

El padre recurre en casación intentando justificar su conducta, al señalar que los menores no querían ir con su madre, para el TS no supone motivo suficiente que legitime tal comportamiento y confirma las anterior resolución.

9. Conclusiones

A partir del año 2013, cambia la tendencia seguida hasta entonces, adoptando nuestro sistema judicial una posición pro-custodia compartida. Esta posición es fruto en parte del desarrollo legislativo, pues la entrada en vigor de la Ley 15/2005, supone que nuestro Cc acoja por primera vez la guarda y custodia compartida como modalidad de ejercicio de la responsabilidad parental como posible modelo de convivencia a imponer tras crisis de pareja.

Pero sobre todo el desarrollo de la sociedad civil, en la que los progenitores del sexo masculino cada vez tienen mayor implicación en el cuidado de los hijos menores, y la consolidación del interés superior del menor como principio rector de todo proceso en el que se toman medidas que les afectan, son los fundamentos que motivaron el otorgamiento, casi generalizado, de las custodias compartidas solicitadas.

Sin embargo existen importantes excepciones que justifican su denegación, a veces las particulares circunstancias del caso hacen desaconsejable la imposición de esta modalidad de custodia, siendo más beneficioso para el interés del menor el otorgamiento de un régimen de guarda exclusivo, o a veces será incluso más aconsejable la suspensión de cualquier tipo de derecho de visitas que pueda establecerse a favor del progenitor no custodio. Por estas razones el juez debe ser especialmente cauteloso en su tarea de indagación del interés del menor, pues deberá tener en cuenta el conjunto de circunstancias concurrentes para justificar que la guarda concedida es la mejor opción para proteger este interés.

Precisamente una de esas circunstancias que necesariamente debe analizar el juez para determinar la idoneidad de los progenitores con el régimen de guarda solicitado, son las relaciones entre los progenitores (art. 92.6 Cc), que cobran especial importancia en el desarrollo de los procesos contenciosos de divorcio y en los de modificación de medidas paterno filiales, en los cuales el juez haciendo uso del principio de inmediación analiza las alegaciones de las partes en las comparecencias para determinar el tipo de relación que mantienen entre ambos.

Para la doctrina jurisprudencial que los padres mantengan una relación respetuosa, así como que lleven a cabo conductas que permitan presumir cierta predisposición a colaborar en asuntos que afecten a los menores, son factores imprescindibles que aseguran un buen funcionamiento de la custodia compartida solicitada por uno de los progenitores, por lo que si no concurren otras circunstancias que desaconsejen su imposición, esta será la modalidad que deberá imponerse. Pero esto no ha sido siempre así, ya que la jurisprudencia menor realizó una interpretación errónea del requisito de las relaciones, considerando que la mera existencia de cierto grado de conflictividad entre los progenitores era motivo suficiente para justificar que la custodia en exclusiva era la mejor forma de proteger los intereses de los menores.

Sin embargo el TS al asumir la interpretación defendida por un sector minoritario de la jurisprudencia, puso fin a esa errónea interpretación del requisito de las relaciones, al considerar que en ciertas ocasiones la conflictividad es tolerable y permite desarrollar un régimen de custodia compartida sin perjudicar al interés del menor. A través de su sentencia de 8 de octubre de 2009 el TS estableció una premisa, la necesaria relación de respeto entre los progenitores como requisito imprescindible para el otorgamiento de las custodias compartidas solicitadas, y esto debemos ponerlo en relación con lo dispuesto por el art. 92.7 Cc que obliga al juez a denegar cualquier modalidad de

custodia solicitada por alguno de los progenitores cuando estos estén incurso en un procedimiento penal o cuando a su juicio, con independencia de la pendencia del proceso penal, existan indicios fundados de violencia doméstica. Sólo en estos casos resulta imperativa la aplicación del art 92.7 Cc, por lo que consecuentemente, el juez de forma automática, es decir, sin valorar otras circunstancias concurrentes que pudieran aconsejar el otorgamiento de la custodia solicitada, rechazará su otorgamiento.

El problema se origina cuando las conductas delictivas no están recogidas expresamente en el precepto, o cuando la denegación está motivada por la existencia de indicios de violencia, porque en estos casos será ineludible hacer alusión a la relación de conflictividad entre los progenitores. En estas situaciones, en mi opinión, ya que el TS no se ha pronunciado expresamente al respecto, aunque en alguno de estos supuestos ha optado por la aplicación automática del precepto, sí debe existir cierto margen de discrecional para el juez, quien podrá investigar antes de aplicar el precepto el origen de la conflictividad y su incidencia en los menores, ponderando las circunstancias positivas que aconsejan la imposición del régimen con las negativas, para así tomar la decisión correcta en interés del menor.

Bibliografía

AGUILAR CAVALLO, G. "El principio del interés superior del niño y la corte interamericana de derechos humanos", en *Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca. Año 6, nº1*, 2008, pp. 223-247.

ARROM LOSCOS, R., NADAL GÓMEZ, I., RIBAS, E.R., *La protección frente a la violencia de género: tutela penal y procesal*, Dykinson, Madrid, 2010.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. "Informe favorable del Ministerio Fiscal para otorgamiento de custodia compartida sin acuerdo entre los padres, Sentencia de 17 de Octubre de 2012". *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 91, Enero-Abril 2013, pp.492-506.

CAMPUZANO TOMÉ, H. "La custodia compartida.: Doctrina jurisprudencial de las Audiencias Provinciales", *Aranzadi civil: revista quincenal*, nº 3, 2004, pp. 2479-2512.

CARRASCO PERERA, "Custodia Compartida", en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 648, 2004.

DELGADO DEL RÍO, G. *La Custodia de los Hijos. La guarda compartida: Opción preferente*, Thomson Aranzadi, Pamplona, 2010.

GETE-ALONSO Y CALERA, M^a.J., y SOLÉ RESINA, J. *Custodia Compartida: Derechos de los Hijos y de los Padres*, Thomson Aranzadi, Pamplona, 2015.

HERNANDO RAMOS, S., "Custodia compartida, ventajas y problemas que plantea. Posición del Ministerio Fiscal", en *Encuentro de jueces de familia sobre guarda y custodia compartida*, Consejo General del Poder Judicial, Cuadernos Digitales de Formación, núm. 8, 2014.

IGLESIA MONJE, M^a.I., "Custodia compartida de los progenitores: Casos de procedencia e improcedencia. Análisis Jurisprudencial". *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 731, 2012, pp. 1613-1645.

IÑIGUEZ DEL VAL, S., "De la Excepción a la realidad de la custodia compartida. Criterios para su atribución. Sentencia de 29 de abril de 2013", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 94, Enero-Abril 2014, pp. 246-266.

LIÑÁN GARCÍA, A., "El ejercicio de la guarda y custodia compartida de los hijos menores e incapacitados en España: Nuevas Perspectivas de Futuro". *Iustel, Revista General de Derecho Canónico y Derecho eclesiástico del Estado*, nº 32, 2013, pp. 2-38.

ORTUÑO MUNOZ, P. *El Nuevo Régimen Jurídico de la Crisis Matrimonial*. Thomson Aranzadi, Pamplona, 2006.

PICONTÓ NOVALES, T. *La Custodia compartida a Debate*", Dykinson, Madrid, 2015.

RIVERO HERNÁNDEZ, F., *El interés del menor*. Dykinson, Madrid, 2000.

RIVERO HERNÁNDEZ, F., "Efectos de la crisis matrimonial respecto de los hijos. Estudio Judicial". *Revista Jurídica de Cataluña*, 2003.

ROCA TRIAS, E., *Comentarios a las Reformas del Derecho de Familia*, Tomo I, Tecnos, Madrid, 1984.

ROMERO COLOMA, A.M^a. *La guarda y custodia compartida (Una medida familiar igualitaria)*, Editorial Reus, Madrid, 2011.

ROMERO COLOMA, A.M^a. "La guarda y custodia compartida: análisis y problemática jurídica", en *Diario La Ley*, nº 7504, 2010.

ROMERO COLOMA, A.M^a., "La guarda y custodia compartida y las malas relaciones entre los progenitores", *Revista de Derecho de familia*, nº53, 2011, pp. 293-296.

ROMERO COLOMA, A.M^a., "La guarda y custodia compartida no solicitada por los progenitores: la adopción de la medida y su problemática jurídica". *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 863, 2013, p. 6.

RUIZ DE LA CUESTA FERNÁNDEZ, S. "La atribución de la custodia compartida en supuestos de violencia intrafamiliar", *Diario La Ley, práctica de tribunales*, nº100, sección Informe de Jurisprudencia, Enero-Febrero 2013. pp. 1-24.

UREÑA CARAZO, B. "La conflictividad entre los progenitores como criterio de atribución de la custodia compartida. Especial referencia a la violencia de género", *Diario La Ley, Derecho de familia*, Nº 11, Tercer trimestre de 2016, pp. 1-16.

UREÑA MARTÍNEZ, M. "Sentencia de 1 de Octubre de 2010", en *CCJC*, nº86, 2011, pp. 1207-1223.

UREÑA MARTÍNEZ, M. "Modificación de la guarda única por la custodia compartida con el argumento de que dicha custodia es más beneficiosa para los hijos. Sentencia de 19 de Julio de 2013 (RJ/ 2013/ 5002)". *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 94, Enero-Abril 2014, pp. 452-460.

VARELA PORTELA, M^a.J. "Protección a la maternidad en los casos de separación y divorcio". *Ponencia presentada en el Congreso XVII estatal de mujeres abogadas*, Valladolid, octubre 2004.

ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L. "La reforma del CC en materia de separación y divorcio", *Revista Jurídica Sepín, Persona y Familia*, 2005, p. 29 .

Jurisprudencia Citada

Tribunal Constitucional

STC 17 de octubre de 2012.....(RTC, 2012, 185)

Tribunal Supremo

STS de 15 de Junio de 2016.....(RJ, 2016, 2780)

STS de 26 de mayo de 2016.....(La Ley 52462, 2016)

STS de 25 de abril de 2016.....(RJ, 2016,1703)

STS de 13 de abril de 2016.....(RJ, 2016, 1339)

STS de 29 de marzo de 2016.....(RJ, 2016, 995)

STS de 29 de marzo de 2016.....(RJ, 2016, 1133)

STS 9 de marzo de 2016.....(RJ, 2016, 842)

STS 11 de febrero de 2016.....(RJ, 2016, 524)

La STS de 4 de febrero de 2016.....(RJ, 2016, 260)

STS de 26 de Noviembre de 2015.....(La Ley 177561, 2015)

STS de 16 de febrero de 2015.....(RJ, 2015, 553)

STS 29 noviembre 2013.....(RJ, 2013, 7449)

STS 19 julio de 2013.....(RJ, 2013, 5002)

STS 29 de abril de 2013.....(RJ, 2013, 3269)

STS de 19 de abril de 2012..... (RJ, 2012, 5909)

STS 9 de marzo de 2012.....(RJ, 2012, 5241)

STS de 10 de febrero de 2012.....(RJ, 2012, 2041)

STS 10 de Enero de 2012.....(RJ,2012,3642)

STS 22 de julio de 2011.....(RJ,2011,5676)

STS 7 de abril de 2011.....(RJ,2011,3152)

STS de 11 de febrero de 2011.....(RJ,2011,231)

STS de 11 de marzo de 2010.....(RJ,2010,2340)

STS de 28 de Septiembre de 2009.....(RJ,2009,7257)

STS la de 8 de octubre de 2009.....(RJ,2009,4606)

STS 5 de marzo de 1998.....(RJ,1998,1495)

STS 20 de mayo de 1997.....(RJ,1997,3891)

Audiencias Provinciales

SAP de Madrid de 6 de julio de 2009.....(JUR,2010,31363)

SAP de Murcia de 10 de Febrero de 2009.....(JUR,2009,191429)

SAP de Madrid de 29 de Diciembre de 2008.....(JUR,2009,88105)

SAP de León de 22 de febrero de 2008.....(JUR,2008,16627)

SAP de Castellón de 22 de Enero de 2008.....(JUR,2008,156170)

SAP de Barcelona de 21 de febrero de 2007.....(JUR,2007,204549)

SAP de Madrid de 2 de marzo de 2007.....(JUR,2007,150697)

SAP de Madrid de 20 de Febrero de 2007.....(JUR,2007,101427).

SAP de Valencia de 15 de enero de 2007.....(JUR,2007,235243)

SAP de Barcelona, de 12 de enero de 2007.....(JUR,2007,178637)

SAP de A Coruña de 7 de Diciembre de 2006.....(JUR,2007,45337)

SAP de Las Palmas de Gran Canaria, auto de
13 de Septiembre de 2006.....(AC,2010,1938)

SAP de Barcelona 12 de Enero de 2006.....(JUR,2006,84815)

SAP de Las Palmas de 28 de febrero de 2005.....(JUR,2005,108942)

SAP de Barcelona de 22 de junio de 2005.....(JUR,2005,175869)
SAP de Castellón de 4 de Octubre de 2005.....(JUR,2005,27431)
SAP Girona de 28 de enero de 2005.....(JUR,2005,71173)
SAP Barcelona 29 de diciembre de 2004.....(JUR,2005,33786)
SAP de Madrid de 9 de Julio de 2004.....(JUR,2004,315507)
SAP Girona de 27 de Enero de 2004.....(JUR,2004,90873)
SAP MADRID 21 de marzo de 2003.....(JUR,2003,187973)
SAP de Madrid de 25 de octubre de 2002.....(JUR,2003,29800)
SAP Girona de 25 de febrero de 2001.....(AC,2001,1827)
SAP de Girona de 9 de febrero de 2000.....(AC,2000,184)